



Universidad
Carlos III de Madrid

TRABAJO DE FIN DE GRADO – MODALIDAD ESPECÍFICA

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET POR EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

**Autora: LUZ MARÍA FERNÁNDEZ GARCÍA
NIA: 100284416**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS
Doble Grado en Derecho y Administración de Empresas
Curso Académico: 2015-2016**

Tutora de Derecho Internacional Privado: María Pilar Juárez Pérez

ÍNDICE

MOTIVACIÓN Y METODOLOGÍA	1
---------------------------------------	----------

CAPÍTULO I

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET POR EL DIPR

1. INTRODUCCIÓN	2
1.1. Carácter privado y carácter internacional. El elemento extranjero.	4
2. CASO I: INFRACCIÓN CONTRACTUAL.....	5
2.1. Planteamiento	5
2.2. Competencia Judicial Internacional	7
2.2.1. El problema del principio de territorialidad.....	7
2.2.2. Fuentes de derecho para determinar la Competencia Judicial Internacional en materia civil y mercantil	8
2.2.3. Los foros de competencia del Reglamento de Bruselas I bis	9
2.3. Ley Aplicable al contrato entre la empresa y el particular	13
2.3.1. La regla general: autonomía de la voluntad	15
2.3.1.1. Capacidad para contratar y validez de la elección de Ley.....	16
2.3.2. Ley aplicable a falta de elección	18
2.3.3. Problemas de aplicación del Reglamento Roma I	21
2.4. Eficacia Extraterritorial de decisiones. Reconocimiento y ejecución	22
2.4.1. El reconocimiento de sentencias extranjeras por el DIPr español	23
2.4.2. La ejecución en un Estado miembro distinto al que resuelve.....	24
2.4.3. Aplicación de medidas cautelares	25
3. CASO II: INFRACCIÓN SIN QUE MEDIE CONTRATO	28
3.1. Planteamiento. La responsabilidad extracontractual internacional	28
3.2. Competencia Judicial Internacional	29

3.2.1. Foros de competencia judicial internacional en materia extracontractual. El forum delicti commisi	30
3.2.1.1. Evolución jurisprudencial sobre el “lugar de producción del hecho dañoso”	31
3.3. Ley Aplicable a las relaciones extracontractuales	34
3.3.1. Régimen especial aplicable a infracciones de derechos de Propiedad Intelectual derivadas de responsabilidades extracontractuales	36
3.4. Eficacia Extraterritorial de decisiones	39
4. HACIA UN MERCADO ÚNICO DIGITAL	39
CONCLUSIONES	42
AGRADECIMIENTOS	47
BIBLIOGRAFÍA	48

ABREVIATURAS

CC: Código Civil

CP: Código penal

DIPr: Derecho Internacional Privado

EM: Estado Miembro

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LEC: Ley de enjuiciamiento civil

PI: Propiedad Intelectual

STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

SI: Sociedad de la Información

TS: Tribunal Supremo

MOTIVACIÓN Y METODOLOGÍA

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de las implicaciones derivadas de la creciente presencia internacional de empresas del sector de la distribución de contenidos audiovisuales para la protección de sus derechos de propiedad intelectual.

Se ha realizado en la modalidad específica dado que permite una mayor flexibilidad en la selección del tema y objeto del trabajo. La elección del tema viene motivada por el alto grado de innovación e interés que suscita el desarrollo de sectores en el ámbito digital, y en concreto aquéllos relacionados con los contenidos.

El trabajo se centra en el estudio de las implicaciones de la entrada de empresas extranjeras del sector en España, mediante la propuesta de dos casos prácticos, uno basado en una relación contractual *inter partes*, y otro en la responsabilidad extracontractual que podría traer consigo la puesta a disposición del público de contenidos sin licencia. En definitiva, profundiza en la protección de la propiedad intelectual en el medio digital por el Derecho Internacional Privado, mediante el análisis de la evolución de doctrina y jurisprudencia relevantes. Finalmente, se aborda la estrategia europea de adopción de un Mercado Único Digital, pues tiene importantes repercusiones tanto para la propiedad intelectual en el territorio comunitario, como para las empresas que operan en el entorno digital.

CAPÍTULO I: PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET POR EL DIPR

1. INTRODUCCIÓN

La globalización de las nuevas tecnologías relacionadas con el sector de la información y comunicación facilita el tráfico internacional de elementos que, en muchos casos, son considerados objeto de propiedad intelectual (PI). Este fenómeno posibilita la presencia en distintos lugares de las empresas que utilizan el medio electrónico para llevar a cabo su actividad, es decir, su internacionalización. Sin embargo, esta circulación continua de contenidos dificulta enormemente la protección de los derechos de PI en el medio digital, en especial teniendo en cuenta que la realidad cotidiana en un entorno globalizado y digitalizado a menudo avanza más deprisa que la realidad jurídica¹.

Se tomará como ejemplo una empresa que opera en el sector de la distribución de contenidos audiovisuales a través de Internet (Netflix), cuya actividad gira en torno al contenido que produce o del que adquiere los derechos, por lo que es fundamental abarcar la protección que el DIPr ofrece ante infracciones a su PI. Esta protección adquiere especial relevancia desde el momento en que la compañía comenzó a ofrecer sus servicios en España en el último trimestre del año 2015, así como en otros países europeos. Ello es así dado que el acceso a sus contenidos se ha masificado, aumentando su vulnerabilidad en Internet, a pesar de los intentos por minimizar los daños mediante el uso de Digital Rights Management² (DRM) y *geo-bloqueo*³.

¹ DE ROSSELLÓ MORENO, R. "La responsabilidad por vulneración de los derechos de autor en las redes P2P y MP2P", *Lefebvre, El Derecho*, 16 de julio de 2014. Disponible en: http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/propiedad_intelectual_e_industrial/responsabilidad-vulneracion-derechos-autor-P2P-MP2P_11_701680001.html

² Según el informe del Comité Permanente de los derechos de autor y derechos conexos de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual): SCCR/10/2 Rev., "Evolución reciente en el campo de la gestión de los derechos digitales", del 4 de mayo de 2004, Pág. 4: término

La propiedad intelectual es, según la OMPI, “toda creación del intelecto humano”⁴. Los derechos de PI serán los encargados de proteger los intereses de los creadores, pues les ofrecen privilegios respecto de su obra (*derechos de autor*), así como los *derechos conexos*, que conceden protección a aquellos que intervienen en condición de intermediarios en la producción, grabación o difusión de las obras. Se habla de que existe una conexión con el derecho de autor al haber una participación en el proceso de creación o desarrollo intelectual, es decir, mediante la puesta a disposición del público de una obra⁵. En este sentido, Netflix ostentaría los derechos de autor para las obras que son de producción propia, y los derechos conexos respecto de aquéllas que distribuye (cuyos derechos le han sido cedidos por un tiempo limitado). Tan relevante es la protección de estos derechos que se encuentran amparados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)⁶.

Se entienden por infracciones de derechos de PI en el ámbito digital aquellas que tienen lugar cuando un sujeto reproduce sin autorización un contenido cuyos derechos de autor o de explotación pertenecen a otro. Por tanto, en esta materia, el principal reto del DIPr es el de hacer frente a una regulación que se adecúe a las características y particularidades que ofrece Internet en la SI⁷.

Por su parte, la propiedad industrial es también objeto de protección en el ámbito internacional, dado que la marca Netflix a menudo se ve afectada por este tipo de vulneraciones. Sin perjuicio de ello, y dado que la PI en sentido

que hace referencia al proceso técnico que proporciona contenidos digitales de forma segura y/o que permite el intercambio de derechos y contenidos sobre Internet.

³ Implementación de medidas por los sitios de Internet para impedir el acceso en función de la ubicación geográfica de los internautas

⁴ OMPI. “*Principios básicos del derecho de autor y derechos conexos*”. Publicación n°909 (5), Pág. 3.

⁵ OMPI. “*Principios básicos del derecho de autor y derechos conexos*”. *Op. Cit.*, pág. 19.

⁶ Artículo 27.2 de la DUDH, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución 217 A (III)) el 10 de diciembre de 1948: “*Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.*”

⁷ ESTEVE GONZÁLEZ, L. “La protección internacional de la propiedad intelectual en el contexto digital”. *UAIPIT*, Julio 2010. Pág. 3. Disponible en: <http://www.uaipit.com/files/congresos/doclydia.pdf>

estricto le afecta de una manera más directa y su protección ya requiere de un vasto análisis, no se abordará la protección de la propiedad industrial.

Por lo expuesto, se analizará en adelante el problema de la responsabilidad por infracciones a derechos de PI en Internet como consecuencia de la entrada en España de una empresa digital, para lo cual se utilizará el caso particular de vulneraciones a contenidos cuyos derechos pertenecen a Netflix.

1.1. Carácter privado y carácter internacional. El elemento extranjero.

Las situaciones privadas internacionales cuentan con una complejidad que se acentúa con la presencia de Internet, pues favorece la ubicuidad de los contenidos, y por tanto, el esparcimiento internacional del bien jurídico a proteger.

Entendemos por “situación privada” aquella en la que intervienen sujetos privados (empresas o particulares), o bien actúan en calidad de tales. Se considera que los sujetos privados internacionales parten de una situación jurídica de igualdad, y son partícipes de una relación jurídica horizontal, en la que ninguna puede desplegar poderes privilegiados (dado que no se hace uso de poderes públicos)⁸. Si bien hay determinadas relaciones jurídicas en las que intervienen poderes públicos que se incluyen en el ámbito de aplicación del DIPr (aquéllas en las que el Estado actúa desligado de su actividad pública, sin *potestad de imperium*), el tipo de relaciones que aquí van a estudiarse son estrictamente entre sujetos privados.

No habría, por lo tanto, dudas respecto del carácter privado de las relaciones jurídicas que se van a tratar: se pretende analizar las posibles infracciones por particulares a derechos de PI que pertenecen a una empresa.

Por su parte, será necesario evaluar el carácter internacional de los litigios privados que puedan plantearse. A este respecto, existen dos tesis

⁸ CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Derecho Internacional Privado. Vol. I”, Granada, 2014-2015, 15ª edición, editorial Comares, Págs. 24-25.

principales⁹: (1) Tesis del elemento extranjero puro: una situación privada manifestará carácter internacional cuando contiene, al menos, un *elemento extranjero*, sea cual sea éste; (2) Tesis del efecto internacional: una situación se considerará internacional cuando de ella derivan efectos conectados con otros países, esto es, cuando implica una repercusión transfronteriza.

En nuestra cuestión, podríamos atender a cualquiera de las dos tesis y obtendríamos en ambos casos la misma respuesta: se trata de una situación privada de carácter internacional, pues en los casos que a continuación se prevén intervienen sujetos con nacionalidades diferentes, y las infracciones ocurren en territorio distinto al de la nacionalidad del demandante, desplegándose efectos transfronterizos.

2. CASO I: INFRACCIÓN CONTRACTUAL

En diciembre de 2015, y como consecuencia de la internacionalización de Netflix a España, un usuario domiciliado en Madrid paga una cuota mensual de suscripción que le otorga acceso ilimitado al catálogo de contenidos de la compañía a través de Internet. En el momento del alta, el consumidor acepta los Términos de Uso de Netflix para España. Poco después, el usuario reproduce una obra que ha obtenido de este catálogo en su página web particular, a la que tiene acceso cualquier residente en España. La empresa decide demandar a este usuario por incumplimiento del contrato al distribuir un contenido cuyos derechos de PI le pertenecen.

2.1. Planteamiento

Nos encontramos ante un caso objeto del DIPr español, dado que contiene al menos un elemento extranjero (la empresa demandante tiene nacionalidad estadounidense). De hecho, gran parte de las operaciones que tienen lugar a

⁹ CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Derecho Internacional Privado. Vol. I”. Op. Cit., Págs. 26-30.

través de Internet son internacionales, lo cual potencia la incertidumbre acerca de la determinación de los órganos competentes, la ley aplicable y la eficacia extraterritorial de las decisiones.

La masividad del acceso a la red implica que los contenidos compartidos de forma ilícita sean uno de los mayores problemas con los que compañías de este tipo deben lidiar en su ejercicio, en especial si se tiene en cuenta la deslocalización que proporciona Internet, donde la dirección de los dispositivos conectados no se corresponde con una ubicación geográfica, sino una dirección en el 'ciberespacio', dificultando esto el bloqueo de los recursos ofrecidos a través de Internet¹⁰. Asimismo, dada la extensión en términos temporales de los dictámenes de carácter internacional, resulta de vital importancia el papel de las medidas cautelares en el DIPr.

En nuestro caso, la infracción del contrato tiene lugar desde el momento en que el particular infringe la cláusula en la que se compromete a la utilización exclusivamente para uso personal del contenido al que va a tener acceso¹¹. Tenemos, por tanto, una clara vulneración a una de las cláusulas a las que las partes se someten en el momento de la firma, si bien no entraremos aquí a valorar si se trata de una cláusula abusiva¹² por parte de la compañía.

A continuación se expone la resolución que el DIPr español daría a una situación como ésta, en la que una compañía extranjera que ofrece servicios

¹⁰ SCOTTI, L. "Contratos internacionales celebrados a través de Internet: ¿Cuál es la Ley aplicable?", *Derecho Internacional.net*, pág. 4. Disponible en: http://www.derechointernacional.net/privado_lp/doctrina-parte-especial/440-derecho-comercial/331-contratos-internacionales-celebrados-a-traves-de-medios-electronicos-icual-es-la-ley-aplicable.html

¹¹ Artículo 4.2 de los Términos de Uso de Netflix para usuarios en España: 4. Servicio Netflix: 4.2. "El servicio Netflix y cualquier contenido visionado a través del servicio son exclusivamente para tu uso personal y no para uso comercial. Durante tu suscripción a Netflix, te concedemos una licencia limitada, no exclusiva e intransferible, para acceder al servicio Netflix y ver películas y series de TV únicamente en *streaming*. A excepción de la precedente licencia limitada, no se te transferirá ningún derecho, título o interés. Aceptas no utilizar el servicio para exhibiciones públicas."

¹² Artículo 10 bis.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre Condiciones Generales de la Contratación*: "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato."

en España ve vulnerado su contrato con un consumidor, y cuya repercusión no afecta solamente a las partes, al hacer ese contenido objeto de PI público y accesible en Internet.

2.2. Competencia Judicial Internacional

La competencia judicial internacional (CJI) determina la capacidad de los tribunales concretos de un país para conocer de litigios derivados de situaciones privadas internacionales. Serán las normas de CJI las que se encarguen de fijar criterios para determinar el país y los tribunales competentes para conocer del litigio en cuestión¹³.

2.2.1. El problema del principio de territorialidad

Los derechos de PI son, por su propia naturaleza, de carácter territorial. Esto implica que su protección, delimitación y titularidad se garantizan en el marco interno de un país, dentro de sus fronteras.

La tarea de determinación de los tribunales competentes para dar solución a controversias relacionadas con infracciones internacionales de la PI en la red se vuelve aún más ardua partiendo de la premisa de que este derecho está vinculado al principio de territorialidad. El principal motivo es que los criterios de atribución de CJI que establecen nuestras normas internas tienen un carácter rigurosamente territorial, en cierto modo incompatibles con la ubicuidad que proporciona Internet dada la dificultad de vincular la infracción con un lugar concreto, por lo que no resulta sencillo adaptarlos a los litigios que tienen lugar en este ámbito¹⁴. Sin embargo, el sistema actual de CJI que establecen los convenios, sin perjuicio de los sistemas tradicionales de determinación de la misma, proporcionan un mayor nivel de certidumbre a esta materia.

¹³ Comisión Europea: Red judicial europea en materia civil y mercantil. *Glosario*. Disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary_es.htm#CompJudInter

¹⁴ ORTEGO, M. *“Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos”*. Madrid, 2015, 1ª edición, editorial Reus, Pág. 91.

Por esta razón, y debido al alto grado de inseguridad jurídica que pueden suscitar los litigios causados por infracciones en la red, las autoridades nacionales deberán reclamar un esfuerzo de cooperación internacional, y atender a los principios de proximidad y tutela judicial efectiva en aquellos casos en que los tratados internacionales no arrojen una respuesta específica o satisfactoria¹⁵.

2.2.2. Fuentes de derecho para determinar la Competencia Judicial Internacional en materia civil y mercantil

Establece la LEC que la “extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte”¹⁶. Por su parte, la LOPJ¹⁷ dispone que los tribunales civiles españoles conocerán de aquellos asuntos suscitados en territorio español, sin perjuicio de los Convenios internacionales y las normas comunitarias.

A la hora de determinar la CJI acudimos, por tanto, a dos tipos de fuentes: internas (LOPJ) y externas (normas comunitarias y Convenios internacionales). Las normas externas aplicables al derecho de los contratos (materia civil y mercantil) en el DIPr español son tres: (1) Reglamento de Bruselas I bis¹⁸ (en adelante, RBI bis), para los casos en que el domicilio del demandado esté en un EM; (2) Convenio de Lugano II, para relaciones entre Suiza, Islandia, Noruega, y de estos tres países con un EM; y (3) Convenio de Bruselas, para los casos en que la relación sea con Estados que se encuentren en territorios

¹⁵ ESTEVE GONZÁLEZ, L. “La protección internacional de la propiedad intelectual en el contexto digital”. *Op. Cit.* Pág. 7.

¹⁶ Artículo 36.1 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. de 7 de enero.

¹⁷ Artículo 21.1 de la Ley 6/1985, *Orgánica del Poder Judicial*, de 1 de Julio: “Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas.”

¹⁸ Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (“Bruselas I bis”)

de ultramar¹⁹. Sólo en caso de no resultar de aplicación estas normas, acudiríamos a los criterios internos de competencia del art. 22 bis y siguientes de la LOPJ. Por último, en ningún caso se acudirá a los posibles Convenios bilaterales con terceros Estados, a menos que hubieran sido ratificados con anterioridad al Reglamento 44/2001, en virtud del art. 73.3 RBI bis y del Dictamen del TJCE 1/03, de 7 de febrero de 2006, en el que se asienta definitivamente la doctrina sobre la “competencia implícita interna” de la UE en esta materia²⁰.

Para el caso que nos concierne, dado que el domicilio del demandado se encuentra en un EM, la norma que ha de tenerse en cuenta para determinar la CJI en el litigio que nos concierne es el RBI bis. Este Reglamento sustituye desde hace pocos años a su homónimo, el Reglamento de Bruselas I²¹ (RBI), y es aplicable a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015 en virtud de su artículo 66.

2.2.3. Los foros de competencia del Reglamento de Bruselas I bis

El *foro general* establecido por el RBI bis en su artículo 4 otorga competencia para conocer del litigio a los tribunales del Estado donde radique el domicilio del demandado. Se trata de un foro indirecto, pues se refiere al conjunto de tribunales del Estado en que radique el domicilio del demandado.

No obstante, deberemos analizar qué se entiende por domicilio del demandado, concepto que lleva siendo objeto de interpretación por parte del

¹⁹ Convenio *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007 (“Lugano II”), y Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre 1968, *relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (“Convenio de Bruselas”), respectivamente.

²⁰ GUZMÁN ZAPATER, M. “Competencia de la UE para concluir tratados internacionales en materia de derecho internacional privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, nº14, págs. 4-5

²¹ Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, *relativo a la competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil* (“Bruselas I”)

TJUE desde hace tiempo²². Si una persona física, como es nuestro caso, se encuentra domiciliada en un Estado miembro cuyos tribunales conozcan del asunto, establece el artículo 62.1 del RBI bis que tal órgano jurisdiccional aplicará su ley interna (*lex fori*) para determinar qué se considera por “domicilio”. De no estar domiciliada la persona en un Estado miembro pasaríamos a aplicar el apartado segundo del mismo artículo²³. Por lo tanto, en caso de conocer los tribunales españoles del litigio, se deberá manejar la definición de domicilio que proyecta el artículo 40 del Código Civil: “para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil”. En virtud del foro general, en consecuencia, serían competentes los tribunales españoles para conocer del litigio, pues el demandado tiene su residencia habitual en Madrid.

Sin embargo, el RBI bis presenta la atribución específica de competencia en determinadas materias en su artículo 7: las *competencias especiales*. Para el caso que nos ocupa, establece el artículo 7.1. a) que será competente el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya cumplido o debiera haberse cumplido la obligación que genera la demanda en materia contractual. Más concretamente, para los casos de prestaciones de servicios “tendrá competencia el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios”²⁴. El lugar de prestación del servicio es un dato “de hecho”, no “jurídico”, por lo que el lugar aparecerá concretado por las partes en el contrato²⁵.

²² DE MIGUEL ASENSIO, P. A. “*Derecho Privado de Internet*”, Navarra, 2011, 4ª edición, editorial Civitas (Thomson Reuters), pág.145

²³ Artículo 62.2 del RBI bis: “cuando una parte no esté domiciliada en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conozcan del asunto, el órgano jurisdiccional, para determinar si dicha parte lo está en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado miembro.”

²⁴ Artículo 7.1 b) párrafo segundo del RBI bis

²⁵ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “*Ley aplicable a los contratos internacionales*”, Textos de Derecho Internacional Privado, 2009, pág. 12

Respecto de los contratos de prestación de servicios, el RBI bis contiene un concepto *autónomo* reforzado por la jurisprudencia²⁶, definiendo como tal a los contratos en los que una parte lleva a cabo una actividad como contrapartida a una remuneración. Esta concepción autónoma impide el *forum shopping* que podría tener lugar si el concepto diera lugar a interpretación por parte de los tribunales de cada país²⁷. Más concretamente, los contratos de suministro de servicios a través de Internet pertenecen a la categoría de *contratos de servicios informáticos*²⁸, lo cual justificaría su inclusión en esta categoría del artículo 7.1 del RBI bis.

Comprobamos tras esta especificación que el foro especial de los contratos nos lleva también a tribunales españoles, en concreto a los de la Comunidad de Madrid, por residir allí el particular, y por ser ese el lugar donde se entiende que va a prestarse el servicio²⁹. Por otro lado, y dado que el contenido contratado es accesible desde cualquier punto del territorio nacional – a través de dispositivos móviles: *tablets*, *smartphones*, siempre que exista una conexión a Internet-, podría entenderse que la prestación se realiza en toda España, pero no será necesario incurrir en este análisis, pues al llevarnos esta vía también a tribunales españoles, el foro indirecto del art. 7.1 del RBI bis no se activaría, pues no aporta nuevas posibilidades para plantear el litigio.

Por último, aparecen recogidos en el RBI bis los foros de *sumisión*. Por un lado, prevé en su artículo 25.1 la posibilidad de que las partes decidan estipular, independientemente de su domicilio, que “un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir de una

²⁶ Sentencia OGH Austria, de 18 de noviembre de 2003; Sentencia BGH Alemania, de 2 de marzo de 2006

²⁷ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Ley aplicable a los contratos internacionales”, *Op. Cit.*, págs. 10-11

²⁸ NÚÑEZ, H. “El contrato de página web”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº51, 2002, pág. 79

²⁹ Artículo 4.3 de los Términos de Uso de Netflix para España: “Puedes ver una película o serie de TV a través del servicio Netflix principalmente dentro del país en el que hayas establecido tu cuenta y sólo en las ubicaciones geográficas donde ofrezcamos nuestro servicio y hayamos licenciado dichas películas o series de TV.”

determinada relación jurídica”, siempre y cuando el acuerdo no sea nulo de pleno derecho en cuanto a la validez material de acuerdo en ese Estado miembro (*sumisión expresa*). El mismo artículo enumera las condiciones que han de tener lugar a la hora de celebrarse el acuerdo atributivo de competencia³⁰. Si atendemos al contrato celebrado entre ambas partes (Términos de Uso³¹), nos encontramos con que no aparece ninguna cláusula de sumisión expresa, de manera que este foro no sería de aplicación.

Por otro lado, con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones del RBI bis, “será competente el órgano jurisdiccional de un EM ante el que comparezca el demandado” (*sumisión tácita*), salvo si lo hace para impugnar la competencia de ese tribunal o si existe otra jurisdicción que ostente competencia exclusiva en virtud del artículo 24³². En nuestro caso, no aplicaría ninguna de las competencias exclusivas, por lo que, de demandar Netflix al usuario infractor ante los tribunales de cualquiera de los Estados miembros, y de comparecer éste sin intención de impugnar la competencia de tal órgano, se entendería que existe sumisión tácita respecto de ese tribunal, pasando a ser válidamente competente.

El foro de la sumisión (tanto expresa como tácita) y los foros especiales (de resultar aplicables) fomentan enormemente el *forum shopping*. En virtud de esto, a Netflix le compensaría entrar a evaluar cuál sería la legislación más favorable a su pretensión, pues en función de los tribunales en los que

³⁰ Artículo 25.1 del RBI bis: “a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas; o c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.”

³¹ Términos de Uso de Netflix España disponibles en: <https://help.netflix.com/legal/termsfuse>

³² El artículo 24 del RBI bis otorga competencia a distintos órganos jurisdiccionales cuando se trate de: 1) derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles; 2) en materia de validez, nulidad o disolución de personas jurídicas; 3) en materia de validez de inscripciones en registros públicos; 4) en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, y demás derechos análogos; en materia de ejecución de resoluciones judiciales.

presentara la demanda, la Ley que resultaría de aplicación sería diferente. Esta es una de las consecuencias de la relatividad que trae consigo el DIPr³³.

Dada la situación planteada, resulta poco probable que se produzca un problema de litispendencia³⁴, por lo que no se abordará este supuesto.

De gran relevancia resulta esclarecer la relación que existe entre estos cuatro foros de competencia del RBI bis. En todo caso, y de existir un acuerdo válido entre las partes para someter los posibles litigios a un ordenamiento concreto, primaría este foro sobre el resto. El foro general es alternativo respecto de los especiales, por lo que el demandante podrá interponer su demanda ante cualquiera de los dos tribunales que resulten competentes en esta materia, salvo en casos como este, en el que ambas vías lleven a la misma solución.

Por tanto, los tribunales competentes para conocer del litigio serán los españoles por el foro general del domicilio del demandado. Más concretamente, los tribunales españoles competentes serán los Juzgados de lo Mercantil según dispone la LOPJ³⁵.

2.3. Ley Aplicable al contrato entre la empresa y el particular

Tras haber establecido el tribunal competente para conocer del litigio, corresponde determinar qué derecho será aplicable, de manera que el Juez pueda evaluar si efectivamente se ha producido la infracción, así como la

³³ CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *“Derecho Internacional Privado. Vol. I” Op. Cit.* Pág. 19

³⁴ Regulada en el art. 29 del RBI bis, la litispendencia es una situación jurídica producida cuando un mismo asunto (con identidad de partes, objeto y causa), se encuentra pendiente ante tribunales de Estados distintos. En caso de producirse, el órgano jurisdiccional ante el que se formule la segunda demanda deberá suspender de oficio el procedimiento y esperar a que el primero en conocer determine si es o no competente (en cuyo caso de inhibirá en favor del segundo).

³⁵ Art. 86 ter, apartado 2, letra a) de la LOPJ: “Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: a) Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.”

extensión y las posibles consecuencias de la misma. Esto se traduce en distintas posibles resoluciones de un mismo caso, en virtud de la Ley que resulte de aplicación.

Existe una polémica clásica en la doctrina respecto de la determinación del régimen jurídico que debe aplicarse a los contratos internacionales³⁶: por un lado, los autodenominados *internacionalistas*, que sostienen que debería existir un conjunto de reglas materiales creadas por los comerciantes para regular la contratación internacional (por ejemplo, la *Nueva Lex Mercatoria*³⁷), o que tales reglas materiales las creasen los Estados y se compilasen en Convenios internacionales de Derecho uniforme (*teoría del derecho uniforme contractual*); y por otro lado, los *conflictualistas*, que sostienen que solamente una Ley nacional puede regular el contrato, de modo que se hace necesaria la existencia de normas de conflicto para la determinación de esta Ley.

Partiremos aquí de la segunda corriente, dado que las normas del DIPr sobre Ley aplicable establecen sistemas de determinación basadas en la aplicación de normas de conflicto.

Es el Reglamento Roma I³⁸ (RRI) el que regula la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales (*lex contractus*) que hayan tenido lugar después del 17 de diciembre de 2009, conforme a su artículo 28. El ámbito material de aplicación del mismo (artículo 1 RRI) serán las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, esto es, aquellos casos en que potencialmente pudiera haber más de un ordenamiento que regulase el contrato. Participan de él todos los Estados miembros de la UE excepto Dinamarca y tiene carácter *erga*

³⁶ CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Curso de contratación internacional”, Madrid, 2006, 2ª edición, editorial Colex, pág. 73.

³⁷ La *Nueva Lex Mercatoria* es un concepto polémico. Es el Derecho específico de las relaciones comerciales internacionales, cuyas reglas se contienen en Convenios internacionales, leyes estatales, prácticas arbitrales, usos comerciales, etc. En definitiva, está compuesta por materiales creados por comerciantes para la regulación de los contratos del comercio internacional.

³⁸ Reglamento (CE) nº593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”).

omnes: establece en su artículo 2 que a pesar de que la ley que designe como aplicable el RRI no sea la de un Estado miembro, se habrá de aplicar igualmente, siempre que se trate de una Ley estatal.

2.3.1. La regla general: autonomía de la voluntad

Recoge el artículo 3.1 del RRI la *autonomía de la voluntad conflictual*, que hace referencia al derecho subjetivo del que disponen las partes implicadas en una contratación internacional, en virtud del cual están facultadas para elegir la ley que va a regular la totalidad o parte del contrato celebrado entre ellas.

Históricamente, este criterio ha sido objeto de varias interpretaciones, destacando dos corrientes principales³⁹: (1) *doctrina subjetivista pura* (finales del s. XIX, en pleno auge el liberalismo económico): la autonomía de la voluntad constituía una ley en sí misma, independientemente de las normas imperativas del ordenamiento jurídico al que pertenecían las partes, y sin ostentar la ley elegida la facultad de invalidar el contrato (de esta manera, a falta de ley que lo regulase, el contrato tenía fuerza obligatoria ante los tribunales); (2) *doctrina objetivista radical* (mediados del s. XX): la autonomía de la voluntad debía respetar siempre los límites imperativos de la ley. Finalmente, el Convenio de Roma⁴⁰ (anterior al RRI) supuso la ruptura con ambas doctrinas, otorgando primacía a la Ley Estatal, si bien permitiendo la elección de Ley aplicable al contrato por las partes.

En la actualidad, el RRI prevé una limitación a la autonomía de la voluntad en su art. 3.3, aplicable en caso de que todos los elementos restantes del contrato estén vinculados a un país que no sea el de la elección de Ley, de modo que “la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo”.

³⁹ ORTIZ VIDAL, M. D. “*Ley aplicable a los contratos internacionales y eficiencia conflictual*”, 2014, 1ª edición, editorial Comares, págs. 56-57.

⁴⁰ Convenio de Roma *sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales*, de 19 de junio de 1980 [80/934/CEE]

Según lo expuesto, para nuestro caso la respuesta es sencilla. En el apartado 6 de los Términos de uso de Netflix aparece una clara elección de ley en favor de la legislación de los Países Bajos⁴¹. De este modo, los tribunales que han resultado competentes -los españoles-, aplicarán la ley de los Países Bajos para la resolución del litigio.

Existe, además, la posibilidad de que las partes acuerden someter el contrato a otra Ley en cualquier momento sin afectar a su validez, incluso tras haberse producido el litigio (art. 3.2 RRI).

A pesar de la existencia de estos mecanismos de control del acuerdo entre voluntades, el art. 3.1 del RRI implica la “mayor expresión de la autonomía de la voluntad”, ya que permite a las partes el sometimiento de distintas partes de su contrato a uno o varios ordenamientos, según resulte más favorable⁴².

2.3.1.1. Capacidad para contratar y validez de la elección de Ley

Para que la elección de la Ley aplicable al contrato goce de validez, deberá cumplir los siguientes requisitos⁴³:

- *Claridad en la elección de Ley*: la elección ha de ser clara, inequívoca y cierta, ya sea de manera explícita o implícita⁴⁴. Esta ley deberá ser elegida por las partes –ni un tercero, ni un Juez–, pues se considera que ellas son mejores jueces de sus propios intereses respecto del contrato. Esta condición se desprende del fondo del art. 3 del RRI, y deberá tenerse presente sin perjuicio de lo establecido en el DIPr español acerca de la permisión a un tercero para

⁴¹ Artículo 6 de los *Términos de Uso de Netflix para España* (Legislación aplicable): “Estos Términos de uso se regirán e interpretarán de acuerdo con la legislación de los Países Bajos. Estos términos no limitarán ninguna protección al consumidor a la que puedas tener derecho conforme a la legislación vigente en tu país de residencia.”

⁴² HERRANZ BALLESTEROS, M. “*La Ley aplicable a las obligaciones: Roma I y Roma II*”. Red Europea de Formación Judicial, módulo III, tema X, edición 2011, págs. 4-5.

⁴³ CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “*Derecho Internacional Privado. Vol. II*”, 2014-2015, 15ª edición, editorial Comares, Págs. 788-790.

⁴⁴ En caso de elección implícita, el Juez debe quedar convencido del hecho de que las partes contratantes han elegido una Ley aplicable a su contrato en concreto, como resultado inequívoco de la lectura de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

que lleve a cabo la elección en virtud de los “poderes de representación contenidos en el CC, y en concreto, el “poder de representación voluntaria”⁴⁵.

- *Elección de una Ley estatal*: antes de la promulgación del RRI, la UE permitía la elección de normativa no estatal⁴⁶. Actualmente, si bien la elección de algunos conjuntos normativos no estatales se permite, no se consideran “elección de Ley” sino acuerdos inter partes por su carácter impreciso (por ejemplo, la *Nueva Lex Mercatoria o los usos del comercio internacional*)⁴⁷. Así, el RRI exige que el término “Ley” se refiera a la de un Ordenamiento Jurídico de un Estado, y no a otros materiales de carácter normativo.

Es el artículo 3.5 el que establece que la existencia y validez del consentimiento de las partes en lo que a la elección de Ley se refiere, remitiendo al art. 10 para el consentimiento y validez material, y al art. 11 para la validez formal. A este respecto, señala el primero de ellos que la existencia y validez del contrato están sometidas a la Ley que sería aplicable en virtud del RRI, de modo que será la legislación de los Países Bajos la que indicará la validez y existencia del contrato inter partes.

Además, el RRI excluye de su ámbito de aplicación material la *capacidad de las personas físicas*⁴⁸, salvo lo dispuesto en su artículo 13 acerca de la incapacidad⁴⁹, que constituye una *excepción del interés nacional* para que el contrato no resulte nulo. De este modo, deja la regulación de la capacidad para contratar en manos del DIPr del Estado cuyos tribunales conocen del asunto.

⁴⁵ Art. 10.11 CC: “A la representación legal se aplicará la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante, y a la voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas.”

⁴⁶ Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), presentada por la Comisión [COM (2005) 650 final. Bruselas, fecha 15.12.2005]

⁴⁷ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “*Ley aplicable a los contratos internacionales*”, *Op. Cit.*, págs. 51-53

⁴⁸ Art. 1.2. a) del RRI

⁴⁹ Art. 13 del RRI: “En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte.”

En nuestro caso, siendo en España donde se estaría conociendo del litigio, sería de aplicación el artículo 9.1 CC para las personas físicas, y el 9.11 CC para las jurídicas. En ambos casos se establece que la Ley de la nacionalidad de las partes determinará su capacidad, de modo que la de Netflix se regirá por las normas del Estado de California, y la del particular, por las españolas.

2.3.2. Ley aplicable a falta de elección

Únicamente en defecto de elección de ley se aplicará lo dispuesto en el artículo 4 del RRI, es decir, existe una relación jerárquica entre ambas normas de conflicto.

En el art. 4.1 del RRI se enumeran las normas de conflicto aplicables a ocho tipos de contrato. Para nuestro caso, y suponiendo que no existiera la cláusula de elección previamente vista, atenderíamos a lo establecido en el apartado b) de tal artículo. Según esto, los contratos de prestación de servicios se regirán por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual. Se establece así la residencia habitual como punto de conexión.

Como se ha visto, los contratos de servicios informáticos se incluyen también en la categoría general de los de prestación de servicios. Faltaría ahora determinar qué se entiende por *residencia habitual del prestador del servicio*, aunque no entraremos a abordar la evolución histórica de la connotación de este concepto. En el caso que nos ocupa, el prestador del servicio (Netflix) es una persona jurídica. Prevé el art. 19.1 del RRI que para tal caso, se considerará como residencia habitual el “lugar donde se encuentre su administración central”. Según esto, y de no haber elegido las partes la ley a la que someter su contrato, el tribunal español, por ser el competente, habría de aplicar la normativa estadounidense, dado que la administración central de Netflix radica en ese país⁵⁰.

⁵⁰ La sede oficial de la compañía se encuentra en Los Gatos (California, EEUU), y próximamente se trasladará a Los Ángeles (California, EEUU).

De no resultar aplicable esta disposición, si se tratase de un contrato no típico (*prestación característica*), acudiríamos al art. 4.2, cuyo punto de conexión es la residencia habitual del prestador característico. Sólo en defecto de esto se aplicaría el art. 4.4, que establece que la ley aplicable habrá de ser la del país con los vínculos más estrechos (*cláusula de cierre*). Esta disposición sólo será de aplicación en los casos en que no sea posible determinar el país de residencia habitual del prestador de servicios; en contratos en los que la prestación característica se deba desde dos Estados diferentes; o bien para los casos de contratos sin prestación característica que no se encuentren incluidos en la enumeración de los “ocho contratos”⁵¹.

Sin embargo, presenta el art. 4.3 una *cláusula de excepción*, en virtud de la cual, de haber una conexión “manifiestamente más estrecha” con un país distinto de los establecidos por los cualquiera de los demás apartados del art. 4, se aplicará la ley de ese otro país. Esta vinculación más estrecha habrá de presentarse de manera clara, resolviendo así algunos de los problemas de aplicación que suponía el anterior Convenio de Roma de 1980⁵². Se introduce aquí el *principio de proximidad*, que proporciona “justicia conflictual” en el caso de que se produzca un conflicto de leyes. Este principio puede presentarse de tres formas: (1) Tomando en cuenta el ordenamiento que presente los vínculos más estrechos, proporcionando un punto de conexión abstracto (por lo que serían de aplicación varias leyes de distintos estados) y aplicándose la Ley del país con vínculos “más fuertes”; (2) El principio de proximidad “puro”, que convierte en aplicable la Ley en concreto que contenga el vínculo más estrecho; y (3) El contrato se regirá por la Ley del Estado que presente una proximidad “suficiente”, aunque no se trate de la conexión más estrecha⁵³.

⁵¹ CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Derecho Internacional Privado. Vol. II”, págs. 872-874.

⁵² MARTÍNEZ-LUNA, W. F. “Reflexiones sobre la ley aplicable al contrato internacional en defecto de elección de ley en el derecho de la Unión Europea”. *Revista digital EJIL-EAFIT: Journal of International Law*, Vol. 5, nº1, 2014.

⁵³ ORTIZ VIDAL, M. D. “Ley aplicable a los contratos internacionales y eficiencia conflictual”, *Op. Cit.*, págs. 40-41

Estas distintas interpretaciones del *principio de proximidad* pueden plantear un problema de inseguridad jurídica, pues los preceptos vagos en Derecho a menudo conducen a resultados injustos, por ir en contra de la “previsibilidad legal”⁵⁴. Debido a esto, parece lógico utilizar el primer criterio, dado que el principio de proximidad basado en la ley de los vínculos más estrechos contribuye a la *eficiencia* del régimen de determinación de la Ley aplicable.

En cualquiera de estas situaciones, si obviamos que existe una elección de Ley, y aunque no se incluyera al contrato entre Netflix y su suscriptor en la categoría de prestaciones de servicios, atenderíamos a la cláusula de excepción del 4.3, que manifiestamente nos lleva a aplicar la Ley española, al ser España el país donde se firma el contrato, donde se producen los servicios y donde se está vulnerando el derecho de PI del prestador del servicio.

Siendo así, los tribunales españoles serían competentes para conocer del litigio por el foro general del domicilio del demandado, y habrían de aplicar la Ley española si resultara aplicable en virtud del RRI a cualquier cuestión que pueda surgir respecto del mismo. Por este motivo, las Leyes estatales españolas determinarán la efectiva existencia de la relación contractual así como su validez, conforme a lo siguiente:

La Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico⁵⁵ (en adelante, LSSICE), establece en su artículo 23 la validez y la eficacia de los contratos realizados por vía electrónica⁵⁶. Por su parte, el artículo 24.1 de la misma ley determina que para los contratos celebrados por vía electrónica que se hayan firmado electrónicamente (en nuestro caso el usuario está firmando por vía digital al aceptar los Términos de Uso de la

⁵⁴ *Ibid.*, pág. 43

⁵⁵ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Esta Ley supone la transposición de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior* (“Directiva sobre Comercio Electrónico”)

⁵⁶ Artículo 23.1 de la LSSICE: “Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez.”

compañía) habremos de atender a lo establecido acerca de esta definición en el artículo 3.1 de la Ley de Firma Electrónica⁵⁷. Se considerará, pues, en virtud del citado artículo que la firma electrónica es “el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante.”

Tras este breve análisis, no debería cabernos duda de efectivamente existe una relación contractual *inter partes*, puesto que la empresa solicita a sus suscriptores datos de carácter personal (nombre, apellidos, domicilio, datos bancarios, etc.), a modo de firma digital, además de la aceptación electrónica de los Términos de Uso antes de permitir el acceso a su contenido.

2.3.3. Problemas de aplicación del Reglamento Roma I

El RRI recoge distintas particularidades a las que cabría que nos llevara la Ley aplicable establecida por los puntos de conexión que a lo largo de él aparecen. En su art. 20, el RRI excluye la posibilidad de que una de sus cláusulas provoque el *reenvío* a la normativa sobre DIPr del Estado cuya Ley resulte aplicable, aclarando que sólo se manejarán las normas jurídicas materiales en vigor en ese país.

Además, una vez se haya determinado la Ley que resultará aplicable a la resolución del conflicto, sólo podrá excluirse su aplicación si las disposiciones contenidas en tal norma atentan contra el *orden público*⁵⁸.

Finalmente, el artículo 22.1 esclarece que en caso de que la remisión se produzca hacia un *Estado plurilegislativo* en materia contractual, se habrá de considerar a cada una de las unidades territoriales de dicho Estado como un país a efectos del RRI. En el caso de que el RRI llevara a los tribunales competentes a aplicar la ley de EEUU, habría que entender que remite a la de uno solo de sus Estados, la del Estado de residencia de la compañía: California.

⁵⁷ Ley 59/2003, de 19 de diciembre, *de firma electrónica*

⁵⁸ Artículo 21 del RRI.

2.4. Eficacia Extraterritorial de decisiones. Reconocimiento y ejecución

Existen dos vías de obtención de una resolución: la *tutela judicial por declaración*, en el caso de acudir las partes a una autoridad pública española, tras lo cual la cuestión se solventará empleando el DIPr español (normas de CJI españolas, y, de ser el caso, normas sobre derecho aplicable españolas); o bien la *tutela por reconocimiento*, en aquellas situaciones en que las partes acudan a una autoridad extranjera (que aplicará sus normas de DIPr), y para cuya validez en España habrá que instar su reconocimiento y, dado el caso, su ejecución. En este sentido, el presupuesto que se exige para que una resolución extranjera despliegue efectos en España es que se trate de una decisión relativa a cuestiones de derecho privado⁵⁹ (esto es, que exista un acto de voluntad de una autoridad pública extranjera que resuelva la cuestión privada planteada mediante la aplicación de la Ley).

La eficacia extraterritorial de decisiones en el DIPr abarca tanto el reconocimiento de la resolución dictada por los tribunales de un Estado miembro como la ejecución de la sentencia en el *Estado miembro requerido* (aquel en el que se invoque el reconocimiento o ejecución de una resolución extranjera⁶⁰). La regulación de ambas figuras para el caso de resoluciones dictadas por Estados miembros aparece recogida en el Capítulo III del RBI bis. El ámbito territorial de aplicación de este reglamento en la materia que nos ocupa son las mismas que para la CJI. Sin embargo, en caso de no aplicar ninguno de los tres textos comunitarios para el asunto, pasaríamos a comprobar si existen convenios bilaterales entre España y el tercer Estado (en este caso, podría ser EEUU). Subsidiariamente, se procedería al análisis de lo dispuesto en el artículo 954 de la LEC⁶¹.

⁵⁹ CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *"Derecho Internacional Privado. Vol. I"* Op. Cit., págs. 557-559

⁶⁰ En virtud del artículo 2 letra e) del RBI bis

⁶¹ Requisitos para que una sentencia extranjera tenga efecto en España del artículo 954 LEC: 1. *que la resolución se haya dictado a consecuencia de una acción procesal*; 2. *Que no se haya dictado en rebeldía*; 3. *Que la obligación para cuyo cumplimiento sea lícita en España*; 4. *Que la sentencia se considere auténtica en el país de origen, y que se considere válida en España*.

En nuestro caso, dado que la competencia judicial la tiene España, la resolución de los tribunales no requeriría de reconocimiento en este país, pues nos encontraríamos en la situación de una tutela judicial por declaración. A continuación se analizará el escenario en que no se hubiera acudido a los tribunales españoles para la resolución del caso (por ejemplo, por sumisión expresa o tácita a los tribunales de otro Estado miembro), siendo necesario el reconocimiento de la sentencia extranjera.

2.4.1. El reconocimiento de sentencias extranjeras por el DIPr español

Para que una sentencia extranjera desprenda *efectos procesales*⁶² en otro Estado miembro será necesario que el Derecho de ese Estado lo permita, mediante su previsión en normas internas, en convenios o en instrumentos comunitarios. Los efectos procesales derivados del reconocimiento de sentencias son: (a) *efecto de cosa juzgada material*: tanto en sentido positivo (el mismo efecto que si hubiera sido dictada por una autoridad española), como en sentido negativo (no podrá volver a plantearse el mismo asunto ante una autoridad española); (b) *efecto constitutivo*: se crea, extingue o modifica una situación jurídica; (c) *efecto de tipicidad*: subsunción de la resolución dentro del concepto de “sentencia firme” que utilizan las normas españolas.

Partamos del ejemplo de que a Netflix le resultara más favorable interponer la demanda ante los tribunales franceses, creando así un caso que requiera del reconocimiento de la sentencia por los tribunales españoles. Prevé el RBI bis en su artículo 36.1 el reconocimiento automático en un Estado miembro de las resoluciones dictadas en otro, siempre y cuando no concurren los motivos de denegación del artículo 45⁶³.

⁶² CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “*Derecho Internacional Privado*. Vol. I”. Op. Cit. Pág. 560

⁶³ Los motivos de denegación del artículo 45 del RBI bis son: a) que el reconocimiento sea manifiestamente contrario al orden público del Estado; b) que no haya sido dictada [la sentencia] en rebeldía del demandado (si no se emplazó al demandado en tiempo y forma, a menos que no haya recurrido cuando pudo hacerlo); c) que la resolución sea inconciliable con otra dictada entre las mismas partes por el estado requerido; d) que sea inconciliable con otra

Si suponemos que no concurren los motivos de denegación del reconocimiento, la resolución de los tribunales franceses contaría con eficacia en España, desplegando los efectos procesales anteriormente mencionados. Los tribunales competentes para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras son los Juzgados de Primera Instancia, en virtud de lo expuesto en la LOPJ⁶⁴.

2.4.2. La ejecución en un Estado miembro distinto al que resuelve

Para que una resolución extranjera se convierta en “título ejecutivo” no basta con su reconocimiento. Es necesario el *exequátur*, un acto de soberanía estatal en virtud del cual una resolución extranjera podrá desplegar *efectos ejecutivos*⁶⁵.

Si bien ya el RBI había simplificado mucho el procedimiento de ejecución en su artículo 41 (que únicamente requería una serie de formalidades por parte de la parte que lo invocara, entre ellas la copia auténtica de la resolución y un formulario normalizado), el nuevo Reglamento 1215/2012 introduce una novedad a este respecto: la supresión del *exequátur* dentro del territorio de la UE. Esto no implica que la eficacia de las decisiones procedentes de otros Estados miembros no deban ser objeto de los controles apropiados⁶⁶, esto es, no deberán concurrir los motivos de denegación de la ejecución (que coinciden con los del reconocimiento). Teniendo esto presente, reza el artículo 39 del RBI bis que la resolución dictada en un Estado miembro que tenga fuerza ejecutiva

dictada con anterioridad por otro Estado miembro entre las mismas partes, con el mismo objeto y la misma causa; e) que esté en conflicto con la resolución de las materias especiales.

⁶⁴ Art. 85.5 LOPJ: “Los Juzgados de Primera instancia conocerán en el orden civil: 5. De las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras y de la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal.”

⁶⁵ ESPLUGUES MOTA, C.; IGLESIAS BUHIGUES, J. L. “*Derecho Internacional Privado*”, 2013, 7ª edición, editorial Tirant Lo Blanch, págs. 177-178

⁶⁶ DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”. *La Ley*, XXXIV, nº 8013, 31 de enero de 2013, págs. 13-16.

en él gozará de ella también en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva.

Dicho esto, aún en el supuesto de que no fuera España el EM que finalmente dictase la sentencia, bastaría con que Netflix presentara una “copia auténtica” (que puede ser cualquier resolución judicial o un título no judicial –como un documento notarial⁶⁷) de la resolución y el formulario anexo que exige el art. 53 también para el reconocimiento⁶⁸.

Otro aspecto que el antiguo Reglamento 44/2001 no regulaba y que se ha incluido en el RBI bis de manera indirecta, es el referente al plazo de ejecución de una sentencia en un EM distinto al que la dictó. Esta falta de concreción respecto del plazo de ejecución en el RBI llevó al TS a pronunciarse⁶⁹, estableciendo que en tal caso habría de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 518 de la LEC, que otorga el plazo de cinco años a contar desde la firmeza de la sentencia extranjera. El nuevo RBI bis ha optado por no establecer un plazo fijo de ejecución de sentencias extranjeras, sino que remite a la *lex fori*⁷⁰. De este modo, indirectamente lleva al mismo resultado que el anterior RBI, al incluir en su artículo 41.1 que el procedimiento de ejecución de las resoluciones que tengan fuerza ejecutiva en el EM requerido se realizará en las mismas condiciones que si se hubieran dictado en tal Estado. Dicho esto, si la sentencia se hubiera dictado en otro EM, y Netflix deseara su ejecución en España –que sería lo propio pues es donde se produce el daño–, el plazo para la ejecución sería el que establece la LEC de cinco años.

2.4.3. Aplicación de medidas cautelares

⁶⁷ PADRÓS AMAT, B. “Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras”, *Eurojuris España*, 2009. Disponible en: <http://www.asociacion-eurojuris.es/publicaciones/reconocimiento-y-ejecucion-de-sentencias-extranjeras/>

⁶⁸ En virtud del art. 42 RBI bis.

⁶⁹ STS 537/2014, de 16 de octubre

⁷⁰ PÉREZ DE ARÉVALO, R. “El plazo para la ejecución en España de sentencias extranjeras conforme a los Reglamentos Comunitarios CE 44/2001 y CE 1215/2012”. *Lefebvre: El Derecho*, enero de 2015. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/www-elderecho-com/Espana-extranjeras-Reglamentos-Comunitarios-CE_11_770680001.html

Si partimos de la naturaleza del caso que nos atañe, poco sentido tendría que Netflix tuviera que esperar un plazo cercano a cinco años para ver restituido su derecho de PI. Es decir, si cualquiera pudiera acceder gratuitamente al contenido compartido ilícitamente durante ese tiempo, se estaría atentando contra los intereses económicos de la compañía. Es necesario que se puedan implementar medidas que eliminen el acceso al contenido que el particular comparte en Internet sin licencia. Para estos casos, el artículo 35 del RBI bis establece la posibilidad de requerir medidas cautelares en un EM, sea o no el competente para conocer del fondo del asunto, y el artículo 40 faculta para la aplicación de “las medidas cautelares previstas en la legislación del Estado miembro requerido”. Las medidas cautelares han de ser de carácter provisional y urgente, atendiendo al principio *periculum in mora*, de modo que se garantice la protección de los derechos habida cuenta del procedimiento principal⁷¹.

Respecto de la adopción de medidas cautelares existen dos doctrinas principales⁷². Los partidarios de la primera consideran que la naturaleza del artículo 35 del RBI⁷³ bis es la de una norma de remisión que, en defecto de atribución de una conexión concreta, otorga CJI a los tribunales del Estado ante el que se solicitan estas medidas. Otra vertiente considera a este precepto como una verdadera norma de CJI. El TJCE, por su parte, parece haber adoptado la segunda corriente, al permitir que en virtud de este artículo se haga competente al Juez requerido para la toma de medidas provisionales (aunque haya un procedimiento abierto sobre el fondo)⁷⁴.

De este modo, se generaría un *foro especial* de competencia para la aplicación de medidas cautelares respecto del *foro principal* del caso, es decir, se

⁷¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S. “Derecho Internacional Privado”, editorial Civitas (Thomson Reuters), Navarra, 2009, págs. 80-81

⁷² FUENTES CAMACHO, V. “Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo”, editorial Eurolex, Madrid, 1996, págs. 91-94. En: ORTEGO, M. “Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos”. *Op cit.* Pág. 114

⁷³ El artículo 35 del RBI bis contiene la misma disposición respecto de las medidas cautelares que el art. 31 del RBI, y que el art. 24 del Convenio de Bruselas (90/C 189/02), de 27 de septiembre de 1968, *relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (I)*

⁷⁴ STJCE de 17 de noviembre de 1998, *asunto Van Uden Maritime BV (C-391/95)*, apartado 34; STJCE de 27 de abril de 1999, *asunto Hans Hermann Mietz (C-99/96)*

configuraría un doble foro alternativo en virtud del cual el demandante podría solicitar la puesta en marcha de medidas cautelares tanto ante los tribunales competentes para conocer del litigio, como ante los tribunales en que se desea que se ejecute la sentencia⁷⁵. Si bien el nuevo texto del RBI bis no adopta esta propuesta, cabe señalar que se podrán solicitar medidas cautelares en un ordenamiento distinto del que conoce del asunto siempre y cuando exista una conexión entre el objeto de la medida cautelar y la competencia territorial del Estado cuyos tribunales conocen del asunto⁷⁶.

Dicho esto, y, reiterando que nos encontramos en el hipotético caso en que los tribunales españoles no hubieran resultado competentes para conocer del litigio principal, Netflix podría acudir a los tribunales españoles para que llevaran a cabo las medidas cautelares necesarias para prohibir el acceso al contenido ilícito cuyos derechos le pertenecen, pues la conexión del caso con España es directa: es precisamente en este país donde se está produciendo el quebrantamiento del contrato con la compañía.

En cualquier caso, dado que las medidas cautelares de retirada del contenido de Internet deberían llevarse a cabo en España por ser éste el país en el que se alojan, y a pesar de que sea un tercer Estado el que conozca del litigio principal (incluso siendo éste extracomunitario), habremos de atender a las normas de fuente interna. El artículo 22 *sexies* de la LOPJ⁷⁷ otorga competencia exclusiva a los tribunales españoles para la adopción de las medidas cautelares que deban tomarse en este país.

⁷⁵ Solución que la Comisión europea planteó en los artículos 35 y 36 de su *“Propuesta de revisión del Reglamento 44/2001 del Consejo (Bruselas I)”*, de 14 de diciembre de 2010, que no llegó a implementarse.

⁷⁶ STJCE de 21 de mayo de 1980, *asunto Denilauler* (125/79), apartado 16: “Es ciertamente el Juez del lugar o, en cualquier caso, del Estado contratante donde estén situados los bienes que serán objeto de las medidas solicitadas, el que está en mejores condiciones para apreciar las circunstancias que pueden llevar a conceder o denegar las medidas solicitadas (...).”

⁷⁷ Art. 22 *sexies* LOPJ: “Los Tribunales españoles serán competentes cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España. Serán también competentes para adoptar estas medidas si lo son para conocer del asunto principal.”

Pasaríamos, por tanto, a evaluar el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual⁷⁸, en cuyo artículo 141.6 se recoge la acción de cesación como medida cautelar (“suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual”), mediante la cual Netflix podrá solicitar a los tribunales que cesen los contenidos en el territorio español. Si imaginamos el caso en que tales contenidos fueran accesibles en terceros Estados, Netflix podría solicitar la ejecución de medidas cautelares o provisionales en otro Estado, si bien habría de esperar a la resolución para poder ejecutarla en España. Por otro lado, si el demandado tiene su domicilio en otro Estado, los tribunales españoles sólo podrán solicitar que impida el acceso al contenido en el territorio español⁷⁹.

3. CASO II: INFRACCIÓN SIN QUE MEDIE CONTRATO

A principios de 2016, Netflix es avisada de que se están reproduciendo sin licencia en una web varias películas producidas por la empresa. La página pertenece a un particular residente en Madrid, siendo accesible no sólo en territorio español, sino también en Portugal. La compañía averigua quién es el particular proveedor del servicio ilícito en Internet, y comprueba que no existe una relación contractual entre ambos, al no ser éste un suscriptor del servicio.

3.1. Planteamiento. La responsabilidad extracontractual internacional

En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos estatales, los derechos de PI no exigen para su reconocimiento la inscripción en un registro público. Se entiende que estos derechos existen desde el momento de su creación, de manera que el hecho de que una serie de contenidos objeto de PI sean

⁷⁸ La Ley de Propiedad Intelectual transpone en sus artículos 39 y ss. la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la *armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*.

⁷⁹ ORTEGO, M. “Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos”. *Op. Cit.*, pág. 119.

accesibles a través de Internet desde uno o varios Estados miembros podría implicar automáticamente que existe una vulneración de tales derechos⁸⁰.

Fuera de estos casos, es decir, en aquellos Estados en que sí se exija el registro de tales derechos para que la conducta de su distribución sin licencia se considere ilícita, habremos de atender a lo establecido por el Derecho del lugar en que se produce esta actividad, y serán sus normas las que determinen la extensión, límites y eventual sanción de la responsabilidad derivada de este tipo de hechos⁸¹. Así, la conducta deviene típica o no en unos Estados u otros en función de la consideración que de los derechos de PI se recoja. No obstante, en el ámbito comunitario existen normas conducentes a la atribución de responsabilidad por estas actividades, como se prevé a continuación.

3.2. Competencia Judicial Internacional

La norma para la determinación de la CJI es, de nuevo, el RBI bis ya aplicado en páginas anteriores, por tener el demandado su domicilio en un EM. Sin embargo, en este segundo caso, la inexistencia de una relación contractual es clara, por lo que será preciso averiguar si este hecho podría desembocar en una eventual responsabilidad extracontractual.

Para el TJCE, existe “materia contractual” cuando las partes establecen un compromiso asumido de forma autónoma entre sí⁸², y por tanto, la definición de “materia extracontractual” (recogida en el art. 7.2 RBI bis como “materia delictual o cuasi delictual”) tiene cabida para toda cuestión referida a la responsabilidad del demandado que no esté vinculada con el concepto “materia contractual” del art. 7.1 del RBI bis⁸³. Se establece así un concepto amplio y residual de esta materia en el ámbito del DIPr.

⁸⁰ CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *“Derecho Internacional Privado. Vol. II”, Op. Cit.*, pág. 1138

⁸¹ ORTEGO, M. *“Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos”*. *Op. Cit.*, pág. 142

⁸² STJCE de 17 junio 1992, asunto 26/91, *Jakob Handte vs. Mecano-Chimiques*, 1992, págs. 3967-3996

⁸³ STJCE de 27 septiembre 1988, asunto 189/87, *Kalfelis vs. Schröder*, 1988, págs. 5565-5588

3.2.1. Foros de competencia judicial internacional en materia extracontractual. El *forum delicti commissi*

Tras lo expuesto, resultaría de aplicación para determinar la CJI el art. 7.2 del RBI bis⁸⁴, como foro alternativo al criterio general del domicilio del demandado del art. 4 del RBI bis. Este artículo establece una competencia especial que permite la activación de un nuevo foro, directo en este caso, si bien sólo de hacer competentes a los tribunales de un EM distinto al del domicilio del demandado. Hablamos así del *forum delicti commissi*, que establece la posibilidad de litigar en el Estado en que se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. En última instancia, acudiríamos a la normativa de fuente interna si el demandado no tuviera su domicilio en un EM⁸⁵.

No obstante, dado que Internet hace accesibles desde distintos lugares contenidos que pueden ser PI de una sola persona –física o jurídica-, habrá que analizar qué se entiende por lugar de producción del hecho dañoso, y tal labor la han llevado a cabo tanto la doctrina como la jurisprudencia.

Las distintas tesis que giran alrededor del concepto “lugar donde se produce el daño” son⁸⁶: (1) *tesis de la ubicuidad o accesibilidad*, que otorga competencia a los tribunales del Estado o Estados en los que se verifique el daño, es decir, desde el que sean accesibles los contenidos; (2) *tesis de la focalización*, en la que se tiene en cuenta la “intención de dirigir” el contenido a un Estado determinado, haciendo competentes a los tribunales de ese lugar (en este caso, entendemos que España y Portugal); (3) *tesis del foro electrónico*

⁸⁴ Art. 7.2 del RBI bis: “Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: en materia delictual o cuasi delictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso.”

⁸⁵ Art. 22 *quinquies*, apartado b) de la LOPJ: “en defecto de sumisión expresa o tácita y aunque el demandado no tuviera su domicilio en España, los Tribunales españoles serán competentes: b) En materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español.”

⁸⁶ ESTEVE GONZÁLEZ, L. “La protección internacional de la propiedad intelectual en el contexto digital”. *Op. Cit.*, págs. 12-13.

general, que concede el conocimiento del litigio al Juez del país del domicilio o residencia habitual de la víctima, esto es, del titular de los derechos de PI.

El primero de los criterios genera un alto nivel de incertidumbre, dado que puede resultar en la atribución de competencia a EM que carezcan de la necesaria vinculación al caso, potenciando excesivamente el *forum shopping*. Además, en casos como este, resulta difícil determinar la “focalización” de la intención del demandado. Finalmente, la tercera tesis nos llevaría a tribunales de un Estado no vinculado con el RBI bis (EEUU), de modo que al no otorgar competencia a una jurisdicción parte del Reglamento, el foro especial no operaría. De cualquier modo, esta tesis no sigue la línea del “lugar de producción del daño” ni lleva a tribunales especialmente vinculados con el caso (se trata más bien de la apertura de una *optio fori* para el demandante).

Por lo expuesto, parece razonable acogerse a una cuarta tesis, basada en el comúnmente aplicado en el DIPr *principio de proximidad*, dando prioridad al vínculo del foro con el asunto para evitar la identificación de un foro imprevisible e incierto, en virtud de este principio y de la tutela judicial efectiva⁸⁷. En base a este último criterio, serían competentes los tribunales españoles de nuevo, de manera que el art. 7.2 del RBI bis sería aplicable únicamente si el domicilio del demandado no fuera en España, ya que estos tribunales ya resultaban competentes por la regla general del art. 4 RBI bis.

3.2.1.1. Evolución jurisprudencial sobre el “lugar de producción del hecho dañoso”

Las manifestaciones jurisprudenciales respecto de la determinación del “lugar de producción del hecho dañoso” han evolucionado como a continuación se expone.

⁸⁷ ESPLUGUES MOTA, C.; IGLESIAS BUHIGUES, J. L. “*Derecho Internacional Privado*”, págs. 551-552

El “lugar de origen del daño” se configura como aquél desde el que quien controla la información –los contenidos- realiza la actividad de introducción de la misma en la red (por lo que no se atiende al lugar de ubicación del servidor, salvo para la eventual adopción de medidas cautelares). Por su parte, el “lugar del resultado” será todo aquel en que tal información pueda ser accedida, lo cual en el caso de Internet podría considerarse a nivel mundial. Si bien en nuestro supuesto esto no es así –por ser limitado el número de Estados en que los contenidos son accesibles-, es importante tener en cuenta la descontextualización del daño desde el punto de vista territorial que esto provocaría, por lo que la previsibilidad objetiva de los foros del demandado debería actuar como correctivo en situaciones de este tipo⁸⁸.

En el año 1976, el Alto Tribunal estableció en referencia al art. 5.3 del Convenio de Bruselas de 1968 (actual art. 7.2 RBI bis) que para aquellos casos en que el acto que genera el daño y el perjuicio como tal no se ubiquen en un mismo Estado, el afectado podrá acudir a los tribunales de cualquiera de estos Estados, proporcionando así una *optio fori*⁸⁹. Una versión parecida la aportaba la *Doctrina Shevill*⁹⁰, que posibilitaba el litigio alternativamente ante los tribunales del lugar de producción del hecho (origen de los daños), o ante los de cualquier otro Estado en el que se manifiesten tales daños. En el primero de los casos, el tribunal tendría competencia para la reparación de la totalidad de los daños, mientras que en el segundo supuesto, su competencia se habría de limitar a solventar los daños causados en ese Estado.

Para nuestro caso este razonamiento parece lógico. Sin embargo, para los supuestos en que la determinación de la extensión efectiva de los daños

⁸⁸ CORDERO ÁLVAREZ, C. I. “Algunos problemas de aplicación del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IX, 2009, pág. 420. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/33368/1/separata%20AEDIPr%202010.pdf>

⁸⁹ STJCE de 30 noviembre 1976, asunto 21/76, *Handelskwekerij Bier vs. Mines de Potasse d'Alsace*, págs.1735-1758

⁹⁰ STJCE de 7 de marzo de 1995, asunto C-68/93, *Fiona Shevill*, apartado 33

resultara más compleja, y dada la carencia de fuerza del uso de la dirección IP como medio probatorio⁹¹, estas posiciones resultarían incompletas.

Varias interpretaciones se hicieron posteriormente sobre la *Doctrina Shevill*, destacando la creación de un nuevo foro alternativo basado en el lugar donde se concentra el “centro de intereses” de la víctima⁹², que permitiría buscar el lugar con mayor conexión con el caso, si bien el TJUE no las consideró aplicables a los derechos de PI, sino solamente a los de personalidad.

Finalmente, el Alto Tribunal se pronunció en el año 2013⁹³, abordando una cuestión hasta ese momento no resuelta, en torno a la idea de si es suficiente con la mera accesibilidad a los contenidos para que los tribunales de un EM resulten competentes, o si será necesario atender a una mayor conexión, como podría ser el hecho de que los contenidos sean expresamente dirigidos a tal Estado. La conclusión del Tribunal fue que el art. 7.2 RBI bis no exige que la actividad de posibilitar el acceso a los contenidos ilícitamente haya de estar dirigida a un Estado en concreto para hacerlo competente. No obstante, reiteró que el órgano judicial que se declare competente en base a este criterio sólo podrá conocer del daño que se produzca en el territorio del Estado al que pertenece⁹⁴, lo cual responde a la estrecha relación que existe entre los derechos de PI y el *principio de territorialidad*.

Por lo expuesto, la conclusión aplicable a nuestro caso sería la existencia de dos foros de competencia alternativos referidos al “lugar de producción del hecho dañoso”. El primero de ellos corresponde al lugar en que el demandado comete el ilícito –para nosotros, España–; y un segundo foro que otorgaría

⁹¹ ORTEGO, M. “Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos”. *Op. Cit.*, pág. 101

⁹² Destacando la STJUE (Sala Grande) de 25 de octubre de 2011, *asuntos acumulados eDate Advertising GmbH y Martínez Martínez*, apartado 52

⁹³ STJUE (Sala Cuarta) de 3 de octubre de 2013, asunto C-170/12, *Pickney vs. Mediatech*, apartado 42

⁹⁴ MARISCAL, P. “Competencia Judicial Internacional en materia de infracciones de derechos de autor cometidas a través de Internet”, *Lefebvre, El Derecho*, 9 de marzo de 2015. Disponible en:

http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/propiedad_intelectual_e_industrial/Competencia_internacional-infracciones-derechos_autor-Internet_11_790180001.html

competencia a los tribunales de todos aquellos Estados desde los cuales el contenido fuera accesible –tanto los tribunales españoles como los portugueses contarían con CJI, si bien únicamente respecto de los daños producidos en ese territorio–.

Finalmente, en este supuesto el foro sí se activaría, al posibilitar que la demanda se formule en Estados distintos al del domicilio del demandado del art. 4 del RBI bis, fomentando así el *forum shopping*.

3.3. Ley Aplicable a las relaciones extracontractuales

La norma aplicable a las obligaciones extracontractuales desde el 11 de enero de 2009 es el Reglamento de Roma II⁹⁵ (en adelante, RRII), según dispone su artículo 32.

Este reglamento tiene también carácter universal, pues por lo expuesto en su artículo 3, la Ley que designe como aplicable lo será aunque no sea la de un EM. Su ámbito de aplicación comporta todas las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil en las que se presente un conflicto de leyes, y en su artículo 1.2 aparecen enumeradas las materias excluidas⁹⁶. La norma interna para la determinación de la legislación aplicable en caso de conflicto de leyes es la *lex loci delicti*, recogida en el art. 10.9 del CC⁹⁷, y para el caso concreto de la PI y en base al principio de territorialidad, en art. 10.4 CC⁹⁸. El precepto interno del art. 10.9 CC se ha caracterizado tradicionalmente por contener reglas excesivamente generales, situación que

⁹⁵ Reglamento (CE) n°864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)

⁹⁶ Las obligaciones extracontractuales excluidas del RRII son, en líneas generales, las derivadas de: a) relaciones familiares o comparables; b) regímenes económicos matrimoniales o equiparables; c) letras de cambio, pagarés, cheques y otros instrumentos negociables; d) el derecho de sociedades en relación a personas jurídicas; e) un daño nuclear; f) la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad.

⁹⁷ Art. 10.9 CC: “Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven.”

⁹⁸ Art. 10.4 CC: “Los derechos de propiedad intelectual e industrial se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte.”

se ha visto mitigada por la ratificación por parte de España de Convenios Internacionales aplicables a supuestos específicos de responsabilidad extracontractual⁹⁹.

La regla general de su artículo 4 establece que será de aplicación la Ley del ordenamiento jurídico en el que se produce el daño, expresamente indicando que no resultará relevante a efectos de la determinación de esta Ley ni el lugar donde se produzca el hecho generador del daño, ni el país o países en los que se produzcan consecuencias del daño. En su segundo apartado el artículo recoge el supuesto de que el infractor y el demandante tengan su residencia habitual en el mismo país, en cuyo caso se aplicaría la Ley de ese Estado, con carácter preferente al criterio general.

Aparece en el último apartado del artículo una “cláusula de escape”, posibilidad que el legislador justifica en el considerando 14 del RRII¹⁰⁰, y que establece como punto de conexión el país con el vínculo más estrecho con el caso. Esta cláusula difícilmente sería de aplicación a nuestro caso, dado que el propio RRII ejemplifica esta situación como una posible “relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato”.

Dicho esto, los tribunales españoles aparentarían resultar competentes. Sin embargo, los artículos 6 a 9 del RRII listan las normas de conflicto aplicables a materias concretas de las que puedan derivar obligaciones extracontractuales, y que serán aplicables con carácter preferente respecto de la norma general, como se verá a continuación.

Por último, el RRII recoge en sus artículos 25-26 los mismos problemas de aplicación que el RRI, de modo que solamente se enumerarán, siendo éstos: la exclusión del reenvío, la posibilidad de remisión a ordenamientos

⁹⁹ ESPLUGUES MOTA, C.; IGLESIAS BUHIGUES, J. L. “*Derecho Internacional Privado*”, págs. 555-556

¹⁰⁰ Considerando 14 del RRII: “(...) el presente Reglamento establece una regla general pero también reglas específicas y, en algunas disposiciones, una “cláusula de escape” que permite apartarse de estas reglas cuando se desprenda claramente de todas las circunstancias del caso que el hecho dañoso está manifiestamente más vinculado con otro país.”

plurilegislativos y la inaplicación de la Ley consecuentemente aplicable en caso de ser ésta manifiestamente contraria al orden público.

3.3.1. Régimen especial aplicable a infracciones de derechos de Propiedad Intelectual derivadas de responsabilidades extracontractuales

Entre las materias especiales del RRII aparece en el art. 8 la referente a las infracciones de derechos de PI. Para ello, estipula este artículo que será de aplicación la Ley del país para cuyo territorio se reclama la protección, esto es, la *lex loci protectionis*. Al respecto, resulta relevante lo recogido en el considerando 26 del RRII¹⁰¹, que establece un concepto amplio de PI en el que se engloban asimismo los derechos de propiedad industrial, y justifica el uso de este punto de conexión por su reconocimiento universal. Por último, aunque no resulta relevante para nuestro caso, el mismo artículo 8 prevé la Ley aplicable a casos de infracciones de derechos de PI de carácter unitario (marcas o diseño industrial), que será la del país en que se haya cometido la infracción.

En un principio el Anteproyecto de Propuesta de Reglamento del año 2002 de la Comisión no incluía esta regla específica aplicable a las infracciones a derechos de PI¹⁰². Y es que respecto de esta inclusión ha habido críticas, especialmente relacionadas con la conducencia de la *lex loci protectionis* a una fragmentación país por país, debido al principio de territorialidad en materia de PI, que podrá llevar a la aplicación “distributiva” de las legislaciones de aquellos EM en que la infracción tiene lugar, incrementando la inseguridad jurídica¹⁰³.

En último lugar, el RRII incluye la posibilidad –ya prevista en el RRI para las relaciones contractuales, si bien de distinta manera- de que las partes

¹⁰¹ Considerando 26 del RRII: “En cuanto a las infracciones de los derechos de propiedad intelectual, conviene preservar el principio *lex loci protectionis* que se reconoce universalmente. A efectos del presente Reglamento, la expresión «derechos de propiedad intelectual» debe ser interpretada como referencia a, por ejemplo, los derechos de autor, los derechos afines, el derecho sui generis de la protección de bases de datos y los derechos de propiedad industrial.”

¹⁰² DE MIGUEL ASENSIO, P. A. “La *lex loci protectionis* tras el Reglamento “Roma II””, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VII, 2007, pág. 384. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/39656958_La_lex_loci_protectionis_tras_el_Reglamento_Roma_II

¹⁰³ *Ibid.*, pág. 392

acuerden la Ley aplicable a su caso. Sin embargo, el artículo 8.3 del RRII excluye expresamente esta posibilidad para los casos de infracciones de derechos de PI¹⁰⁴. En resumen, el art. 14 del RRII establecería la posibilidad de elegir la Ley aplicable bien mediante un acuerdo posterior al hecho que genera el daño, bien mediante un acuerdo negociado antes de que se produzca el daño –solución que resultaría poco probable, si partimos de que en nuestro caso el particular comparte el contenido de forma ilícita, esto es, sin previa solicitud al titular de los derechos-. Además, el apartado segundo del artículo estipula que en caso de que todos los elementos de la situación estén localizados en un país diferente al de la Ley elegida, deberá aplicarse la normativa de ese país sin que pueda esto excluirse mediante acuerdo.

La imposibilidad de que las partes elijan la Ley aplicable configura a la *Lex loci protectionis* como un criterio “absoluto”, que junto con su carácter “rígido” –por un lado, por no resolver el problema de la aplicación de la Ley de varios Estados a la vez; y por otro, por no permitir que se aplique la Ley del país con una mayor conexión-, hacen que este criterio cuente con serias debilidades¹⁰⁵.

Esto ha llevado a parte de la doctrina a rechazar tal norma y aplicar en su lugar la *Lex origins*, en base a la idea de que para proteger los derechos a través de Internet de manera más eficaz -cuando afectan de forma global- habrá de atenderse a un régimen unitario, mediante el favorecimiento de la Ley del país donde se publique por primera vez el contenido, o de residencia habitual o nacionalidad del autor de la obra¹⁰⁶. De nuevo, este criterio presenta ciertas deficiencias, en especial a la hora de determinar el lugar de origen (teniendo en cuenta que éste es manipulable a través de Internet) y la posibilidad de que resulte aplicable un ordenamiento que tenga poca vinculación con el caso.

¹⁰⁴ Art. 8.3 del RRII: “La ley aplicable con arreglo al presente artículo no podrá excluirse mediante un acuerdo adoptado en virtud del artículo 14” [referente a la ‘libertad de elección’].

¹⁰⁵ ORTEGO, M. “*Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos*”. *Op. Cit.*, págs. 143-144

¹⁰⁶ *Ibid.*, pág. 145

Por ello, la Comisión Europea está planteando alternativas que armonicen la actual legislación referente a la protección de la PI, de modo que pueda reducirse la fragmentación de los distintos regímenes jurídicos de los EM, para evitar, entre otras cosas, el problema de la aplicación por los jueces de varios ordenamientos jurídicos a un mismo caso¹⁰⁷. Estas medidas son parte del plan de la UE de alcanzar un Mercado Único Digital, que se explicará más adelante.

Por todo lo expuesto, concluiríamos que las leyes aplicables al caso que nos ocupa serían la de cualquiera de los Estados en que se quisiera proteger el derecho de Netflix, de modo que no solamente entraría en juego el ordenamiento español, sino también el portugués –si bien cada uno de ellos abarcaría los daños producidos en su territorio–.

Por lo que respecta a España, la norma que regula esta materia es la LSSICE (aplicable a prestadores de servicios residentes en España, por su artículo 2), que establece la existencia o inexistencia de responsabilidad extracontractual en función de si el prestador del servicio ilícito lo es de forma directa o si es un intermediario. En el segundo caso, recoge esta norma un régimen de exoneración de responsabilidad, en el que aquellos que lleven a cabo una labor de intermediación (que consiste en albergar datos proporcionados por el destinatario del servicio) no serán responsables en determinados casos¹⁰⁸.

Tras lo expuesto, resulta evidente que no nos encontramos ante un caso susceptible de exoneración, pues el prestador que comparte los contenidos no

¹⁰⁷ Las medidas incluyen una consulta pública abierta desde marzo de 2016 para la modificación de la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, *relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*. La información sobre estas medidas puede encontrarse en la página del Instituto Autor: http://www.institutoautor.org/story/Comunicacin-de-la-CE-para-la-modernizacin-de-las-normas-sobre-derecho-de-autor_4317

¹⁰⁸ El art. 16 de la LSSICE contempla la exoneración de los prestadores del servicio si: (1) No tienen conocimiento efectivo de que la información almacenada es ilícita o de que se están lesionando derechos de un tercero; (2) De tener conocimiento, que actúen con diligencia para retirar los contenidos o imposibilitar su acceso a ellos. En virtud de este artículo, se entenderá que el prestador del servicio tiene *conocimiento efectivo* cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o prohibido su acceso a ellos, o si se hubiera declarado la existencia de una lesión y el prestador lo conociera.

lo hace bajo la forma de un intermediario (sino en calidad de P2P¹⁰⁹), y menos aún actúa con desconocimiento de la ilicitud de sus actos. Para estos casos, estipula el art. 13 de la LSSICE que los prestadores de servicios de estas características estarán “sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico”.

3.4. Eficacia Extraterritorial de decisiones

Las previsiones recogidas en las normas comunitarias respecto del reconocimiento y *exequátur* de sentencias en el DIPr para el caso de responsabilidad extracontractual son las mismas ya analizadas con detalle anteriormente, en el apartado 2.4 de este capítulo; así como el régimen de solicitud y puesta en marcha de medidas cautelares (tales como la mencionada acción de cesación de la LSSICE). Por tanto, la norma que recoge los principales aspectos en materia de eficacia extraterritorial de decisiones sería RBI bis, y los procedimientos serían los mismos.

4. HACIA UN MERCADO ÚNICO DIGITAL

La Unión Europea tiene planeado haber implementado a finales de 2016 una serie de dieciséis iniciativas con el fin de alcanzar un Mercado Único Digital, con la finalidad de promover los servicios digitales transfronterizos mediante la eliminación de las barreras nacionales, la creación de empresas innovadoras y ampliar el mercado al que los consumidores tendrán acceso. En definitiva, se trata de pasar de 28 mercados nacionales a un mercado único en este ámbito en virtud de la competencia que el artículo 4.2 a) del TFUE le otorga en cuanto al mercado interior (competencia compartida con los EM) y en base a su Título I de la Tercera Parte (“Políticas y acciones internas de la Unión”)¹¹⁰. El

¹⁰⁹ P2P es la abreviación del término *Peer-to-peer*, que se trata de redes de ordenadores “entre iguales” que permiten el tráfico de información entre usuarios (generalmente archivos sujetos a derechos de autor).

¹¹⁰ En especial relevante lo establecido por el art. 26.2 del TFUE: “El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados.”

Ministerio de Industria, Energía y Turismo de España ya incluye estas modificaciones en su agenda¹¹¹.

La propuesta de la Comisión se basa en tres pilares que recogen la totalidad de las medidas planteadas¹¹², si bien sólo se abordará una descripción de las medidas que plantea este órgano, al no encontrarse en vigor todavía.

Pilar I: Mejorar el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios digitales en toda Europa. Entre las medidas que más destacan aquí aparece la promulgación de normas armonizadas de la UE en materia de contratos y protección de consumidores para facilitar el comercio transfronterizo en línea, así como su aplicación de forma más “rápida y coherente”; finalizar con el *geobloqueo* injustificado¹¹³, pues se considera una práctica discriminatoria utilizada con fines comerciales; la europeización y modernización de la legislación relativa a la PI, para reducir las diferencias que suponen los regímenes nacionales y permitir el acceso en toda la UE; la lucha contra el monopolio digital; la revisión de la Directiva sobre transmisión por satélite y por cable¹¹⁴ para evaluar si su ámbito de aplicación deberá incluir las transmisiones de radiotelevisión en línea; y reducir la carga administrativa que suponen las diferencias entre los impuestos sobre el valor añadido nacionales, en especial para el favorecimiento de las empresas de nueva creación.

Pilar II: Crear las condiciones adecuadas y garantizar la igualdad de condiciones para que las redes digitales y los servicios innovadores

¹¹¹ Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Gobierno de España. “Contribución de España a la estrategia del Mercado Único Digital”. Disponible en: <http://www.spanishdigitalposition.gob.es/es/mercado-unico-digital>

¹¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones (COM (2015) 192 final): “Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa”. Bruselas, 6 de mayo de 2015. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=ES>

¹¹³ EUROPA PRESS. “Bruselas plantea abolir el bloqueo geográfico de contenidos en Internet para crear un Mercado Digital Único”. Europapress, 25 de enero de 2015. Disponible en: <http://www.europapress.es/economia/noticia-bruselas-plantea-abolir-bloqueo-geografico-contenidos-internet-crear-mercado-digital-unico-20150325153621.html>

¹¹⁴ Directiva 93/83 CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, *sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable*.

puedan prosperar. La Comisión pretende llevar a cabo la coordinación de las normativas relativas a las telecomunicaciones para la creación de incentivos a la inversión en banda ancha de alta velocidad, que garantice un sistema institucional basado en la igualdad de condiciones; la revisión del marco de comunicación audiovisual, de modo que se pueda adaptar la normativa europea a los nuevos modelos de distribución de contenidos (incluyendo la obligación de que un porcentaje fijo de títulos de las plataformas OTT¹¹⁵ sean de origen europeo); el análisis del papel de las plataformas en línea en busca de medidas que proporcionen transparencia en la fijación de precios y en el uso de la información, la relación entre éstas y sus proveedores y el grado de competitividad; el refuerzo de la lucha contra los ilícitos en Internet, de la ciberseguridad y de la protección de datos (cuya modificación se propuso en 2012, alcanzando un acuerdo unánime entre la Comisión, el Parlamento y el Consejo en diciembre de 2015¹¹⁶).

Pilar III: Maximizar el potencial de crecimiento de la economía digital. Para ello, la Comisión propondrá una “Iniciativa europea de libre flujo de datos” para mejorar la circulación de información distinta de los datos personales que a menudo obstaculiza el funcionamiento de los servicios digitales, acompañada de una mayor vigilancia de los servicios *en la nube*; definirá el ámbito de interoperabilidad del mercado único digital (por ejemplo, la sanidad en línea); y, por último, apoyará una sociedad digital que integre a los ciudadanos para que tengan acceso a las oportunidades que ofrece Internet, mediante la promoción de una administración electrónica que unifique los registros mercantiles en toda Europa para que empresas y ciudadanos tengan que comunicar sus datos una sola vez a la administración pública (Iniciativa “una sola vez”, de la que se espera un ahorro de 5.000 millones de euros al año en labores burocráticas).

¹¹⁵ Los servicios OTT (del inglés, *over the top*) son aquellos que las compañías ofrecen aprovechando la conexión privada a Internet que los clientes contratan con operadores.

¹¹⁶ Comisión Europea. “*Reform of the Data Protection Rules*”. Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/index_en.htm

CONCLUSIONES

1. Las relaciones privadas que tienen lugar a través de Internet a menudo cuentan con un elemento extranjero que justifica la aplicación del DIPr. En concreto, la protección de los derechos de PI se ve dificultada por la complejidad que implica su carácter territorial en contraste con la ubicuidad que proporciona el medio digital. Por ello, las autoridades de los Estados deberán cooperar para arrojar luz en base a los principios de proximidad y tutela judicial efectiva, en aquellos casos en que todavía no se haya logrado una solución internacional satisfactoria en Convenios y Tratados.

2. Los acuerdos celebrados por vía electrónica –tales como la aceptación de los Términos y Condiciones de Uso de un servicio digital- tendrán la consideración a efectos jurídicos de una relación contractual *inter partes* por lo dispuesto en la LSSI y la Ley de Firma Electrónica, en virtud de la firma electrónica del contratante (representada como el conjunto de datos que puedan utilizarse como medio para identificar al firmante).

3. El RBI bis establece la CJI en materia contractual y extracontractual. En el primer caso, el concepto de “contrato de prestación de servicios” es autónomo, para limitar su interpretación por autoridades nacionales, y en él se incluyen los contratos de servicios informáticos, lo que justifica la aplicación del art. 7.1 RBI bis. En materia extracontractual, la regla especial es la del art. 7.2, que recoge

un concepto amplio y residual, aplicable cuando no existe “materia contractual” (asunto *Kalfelis vs. Schröder*, 1988; asunto *Jakob Handte vs. Mecano-Chimiques*, 1992). Ambos foros especiales sólo se activarán si aportan una solución diferente a la regla general del domicilio del demandado (art. 4).

4. La decisión de someter el contrato a la competencia de un tribunal en concreto (de forma expresa o tácita) primará sobre los demás foros, de modo que la empresa o particular que demande la protección de su PI podrá hacerlo ante los tribunales que considere más favorables para su caso.

5. El órgano que resulte competente en virtud del RBI bis lo será para todas las cuestiones que puedan surgir en torno al litigio (determinación del domicilio, de la efectiva existencia y validez del contrato, etc.).

6. Existe polémica respecto de la determinación del régimen jurídico aplicable a los contratos internacionales: los *internacionalistas* (que sostienen que los comerciantes deberían crear las normas materiales que regulen sus contratos) y los *conflictualistas* (que sostienen que estas relaciones deberán regularse mediante normas de conflicto).

7. El RRI es la norma de conflicto aplicable a las relaciones contractuales, y otorga primacía a la Ley estatal, si bien permitiendo la autonomía de la voluntad de las partes para la elección de la Ley aplicable a la totalidad o parte de su contrato, antes o después de la producción del litigio (frente a las posturas doctrinales anteriores: *doctrina objetivista radical* y *doctrina subjetivista pura*). La autonomía de la voluntad sólo está limitada cuando todos los elementos restantes del contrato estén vinculados a un país diferente al elegido, no pudiendo impedir la aplicación de las disposiciones relativas a la protección de los consumidores, por ejemplo. Esto lleva a compañías como Netflix a incluir la elección de una Ley concreta en sus contratos.

8. El RRI deja fuera de su ámbito de aplicación la determinación de la capacidad para contratar, salvo la *excepción del interés nacional* (art. 13), que

trata de evitar la nulidad del contrato por incapacidad sobrevenida, en caso de encontrarse ambas partes en un mismo país a la hora de celebrar el contrato.

9. En defecto de elección de Ley, se aplicaría la regla del art. 4 b) del RRI, que establece la residencia habitual del prestador del servicio como punto de conexión para los contratos de este tipo. Se entiende como tal la Ley del lugar donde se encuentre su administración central, que para el caso de Netflix es el Estado de California (solamente la de ese Estado por la cualidad de EEUU como Estado plurilegislativo, en virtud del art. 22.1), salvo si existe una conexión manifiestamente más estrecha –principio de proximidad- a juicio del órgano competente en favor de otro Estado (*cláusula de excepción* del art. 4.3).

10. En materia extracontractual, el art. 7.2 del RBI bis establece el *forum delicti commissi* (lugar de producción del daño). Existen varias tesis doctrinales (*tesis de la ubicuidad o accesibilidad, tesis de la focalización, tesis del foro electrónico general*), pero ninguna arroja una respuesta suficientemente satisfactoria. Por ello, se atiende al *principio de proximidad*, en virtud de la tutela judicial efectiva.

11. La jurisprudencia también se ha pronunciado a lo largo del tiempo (asunto *Bier vs. Mines*, 1976; asunto *Fiona Shevill*, 1995; asunto *eDate Advertising*, 2011, aplicable solamente a infracciones a derechos de la personalidad en Internet, y no a PI). La posición más reciente del Alto Tribunal (asunto *Pickney vs. Mediatech*, 2013), considera que el art. 7.2 del RBI bis hace competentes, por un lado, a los tribunales del Estado desde el que se produce el daño (lugar de puesta de los contenidos en Internet); y por otro, a los tribunales de cualquier Estado desde el que pudieran ser accedidos (si bien solamente respecto de los daños que en ese Estado se produzcan, en respuesta al principio de territorialidad y en busca de una mayor protección internacional de los derechos de PI).

12. El art. 8 del RRII determina la Ley aplicable en materia extracontractual (*lex loci protectionis*, es decir, la Ley del país para cuyo territorio se reclama la

protección), con carácter preferente a la regla general del art. 4 (lugar de producción del daño). Esto conduce a la fragmentación por países de la Ley aplicable, obligando al Juez competente a una “aplicación distributiva” de distintos ordenamientos, aspecto negativo en términos de seguridad jurídica.

13. El RRII excluye la posibilidad de elección de Ley en materia de PI, lo cual implica que la *lex loci protectionis* se convierte en un criterio “absoluto”, además de “rígido”, por no solucionar el problema de la fragmentación ni permitir la aplicación de la Ley de un Estado que presente mayor conexión.

14. Dado que ni este criterio ni el de la *lex origins* (favorecimiento de la Ley del país donde se publique por primera vez el contenido, o el de residencia habitual o nacionalidad del autor) solucionan esta problemática, la Comisión Europea está tomando medidas para una mejor protección de los derechos de PI en Internet para evitar la fragmentación por países en base a regulaciones más unificadas en el territorio comunitario. Entre ellas, la consulta pública para la modificación de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo.

15. El RBI bis recoge el reconocimiento automático de las resoluciones extranjeras en cualquiera de estas dos materias, y suprime el *exequatur*.

16. Sin embargo, el RBI bis no establece un plazo de ejecución de sentencias extranjeras en Estados miembros distintos al que dicta, remitiendo en este caso a la *lex fori*. En España, tal plazo obedece a lo dispuesto en el art. 518 de la LEC, que será de 5 años a contar desde la firmeza de la sentencia (STS 537/2014, de 16 de octubre).

17. En materia de infracciones a la PI en Internet, este plazo es demasiado largo (los contenidos serían accesibles durante todo este tiempo). El RBI bis (art. 35) ofrece la posibilidad de solicitar medidas cautelares ante cualquier tribunal, sea o no competente para conocer del asunto (“EM requerido”). Parte de la doctrina considera a este artículo como una verdadera norma de CJI, mientras que otros consideran que se trata de una norma de remisión. El TJCE

adopta la primera de las posturas (asunto *Van Uden Maritime*, 1998; asunto *Hans Hermann Mietz*, 1999). Deberá existir una conexión entre el objeto de la medida cautelar y el ordenamiento ante el que solicita (asunto *Denilauler*, 1980). La LOPJ (art. 22 *sexies*) otorga competencia exclusiva a los tribunales españoles para la adopción de este tipo de medidas en territorio español.

18. Los esfuerzos de la UE por la unificación de las regulaciones relativas al ámbito digital han llevado a la Comisión a elaborar su estrategia del Mercado Único Digital para finales de 2016. Las medidas más relevantes respecto de la materia aquí estudiada son: la armonización de la normativa referente a los contratos para facilitar el comercio transfronterizo a través de Internet; la modernización de la legislación sobre PI, para reducir los efectos del principio de territorialidad en este ámbito; y el refuerzo de la lucha contra los ilícitos en la red, aumentando la protección de los consumidores y sus datos.

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, por su infinita paciencia y su apoyo en estos meses de trabajo.

A Pilar Juárez, porque su atenta supervisión me ha permitido avanzar sobre seguro en el desarrollo del trabajo, animándome a investigar en profundidad acerca del tema desde el momento en que propuse las primeras ideas, y hasta el día en que por fin estuvieron desarrolladas.

Al equipo de Adquisiciones y Cine de Mediaset, por darme la oportunidad de conocer el sector audiovisual y por su apoyo con mis no pocas dudas. En especial a Mónica, Miguel, Ghislain, Curro y Cristóbal, porque siempre han tenido tiempo para ayudarme.

Agradezco enormemente la participación de Guillermo Mercader y Pablo Romero, no sólo por su amabilidad sino también por su disposición para compartir su experiencia en un sector tan novedoso como es el del vídeo bajo demanda en Internet.

Muchísimas gracias.

BIBLIOGRAFÍA

CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Curso de contratación internacional”, Madrid, 2006, 2ª edición, editorial Colex. ISBN: 84-8342-023-6

CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Derecho Internacional Privado. Vol. I”, Granada, 2014-2015, 15ª edición, editorial Comares. ISBN: 978-84-9045-180-9

CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Derecho Internacional Privado. Vol. II”, 2014-2015, 15ª edición, editorial Comares. ISBN: 978-84-9045-187-8

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Ley aplicable a los contratos internacionales”, Textos de Derecho Internacional Privado, 2009, págs. 10-11

Comisión Europea. “Reform of the Data Protection Rules”. Disponible en [Accedido: 11/04/2016]: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/index_en.htm

Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones (COM (2015) 192 final). “Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa”. Bruselas, 6 de mayo de 2015. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=ES>

CORDERO ÁLVAREZ, C. I. “Algunos problemas de aplicación del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IX, 2009, págs. 411-428. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/33368/1/separata%20AEDIPr%202010.pdf>

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. “Derecho Privado de Internet”, Navarra, 2011, 4ª edición, editorial Civitas (Thomson Reuters), pág.145. ISBN: 978-84-4703-587-8

DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”. *La Ley*, XXXIV, nº 8013, 31 de enero de 2013, págs. 13-16. ISSN: 1138-9907. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/20429/1/pdemiguelasensioLaLey8013-2013.pdf>

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. “La *lex loci protectionis* tras el Reglamento “Roma II””, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VII, 2007, págs. 375-406. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/39656958_La_lex_loci_protectionis_tras_el_Reglamento_Roma_II

DE ROSSELLÓ MORENO, R. “La responsabilidad por vulneración de los derechos de autor en las redes P2P y MP2P”, *Lefebvre, El Derecho*, 16 de julio de 2014. Disponible en: http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/propiedad_intelectual_e_industrial/responsabilidad-vulneracion-derechos-autor-P2P-MP2P_11_701680001.html

ESPLUGUES MOTA, C.; IGLESIAS BUHIGUES, J. L. “Derecho Internacional Privado”, 2013, 7ª edición, editorial Tirant Lo Blanch, págs. 177-178. ISBN: 978-84-9053-420-5

ESTEVE GONZÁLEZ, L. “La protección internacional de la propiedad intelectual en el contexto digital”. *UAIPIT*, Julio 2010. Disponible en: <http://www.uaipit.com/files/congresos/doclydia.pdf>

EUROPA PRESS. “Bruselas plantea abolir el bloqueo geográfico de contenidos en Internet para crear un mercado digital único”. *Europapress*, 25 de enero de 2015. Disponible en: <http://www.europapress.es/economia/noticia-bruselas-plantea-abolir-bloqueo-geografico-contenidos-internet-crear-mercado-digital-unico-20150325153621.html>

EUROPA PRESS “Netflix planea su aterrizaje en España a finales de 2015”, *El economista*, 29 de julio de 2014.

Disponible en: <http://www.eleconomista.es/ecoteuve/empresas/noticias/5976315/07/14/Netflix-quiere-llegar-a-Espana-a-finales-de-2015.html>

FUENTES CAMACHO, V. “*Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*”, editorial Eurolex, Madrid, 1996, págs. 91-94.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S. “*Derecho Internacional Privado*”, editorial Civitas (Thomson Reuters), Navarra, 2009, págs. 80-81.

Gobierno de España. “Planes y actuaciones de la Agenda Digital para España”. Disponible en: <http://www.agendadigital.gob.es/planes-actuaciones/Paginas/planes-actuaciones.aspx>

Gobierno de España. “Plan Integral del Gobierno para la disminución y la eliminación de las actividades vulneradoras de la propiedad intelectual”, *Ministerio de Educación, Cultura y Deporte*. Disponible en: http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/dms/mecd/cultura-mecd/areas-cultura/propiedadintelectual/lucha-contra-la-pirateria/planAntipirateria_PI.pdf

GUZMÁN ZAPATER, M. “Competencia de la UE para concluir tratados internacionales en materia de Derecho internacional privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, nº14, págs. 4-5.

HERRANZ BALLESTEROS, M. “*La Ley aplicable a las obligaciones: Roma I y Roma II*”. Red Europea de Formación Judicial, Módulo III, Tema X, edición 2011, págs. 4-5. Disponible en: <http://www5.poderjudicial.es/cvcc11-12/CVCC12-10-ES.pdf>

IZQUIERDO-CASTILLO, J. “El nuevo negocio mediático liderado por Netflix: estudio del modelo y proyección en el mercado español”, *El Profesional de la Información*, 2015, noviembre-diciembre, vol. 24, nº6, págs. 819-826. ISSN: 1699-2407

MARISCAL, P. “Competencia Judicial Internacional en materia de infracciones de derechos de autor cometidas a través de Internet”, *Lefebvre, El Derecho*, 9 de marzo de 2015. Disponible en:

http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/propiedad_intelectual_e_industrial/Competencia_internacional-infracciones-derechos_autor-Internet_11_790180001.html

MARTÍNEZ-LUNA, W. F. “Reflexiones sobre la ley aplicable al contrato internacional en defecto de elección de ley en el derecho de la Unión Europea”. *Revista digital EJIL-EAFIT: Journal of International Law*, Vol. 5, nº1, 2014. Disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/article/view/2466/2363>

Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Gobierno de España. “Contribución de España a la estrategia del Mercado Único Digital”. Disponible en [accedido 11/04/2016]: <http://www.spanishdigitalposition.gob.es/es/mercado-unico-digital>

NÚÑEZ, H. “El contrato de página web”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº51, 2002, págs. 74-87

ONAINDIA, J. M.; MADEDO, F. “La industria audiovisual”. *Palermo Business Review*. Nº8, 2013, pág. 183. Disponible en: http://www.palermo.edu/economicas/cbrs/pdf/rwe8/PBRespecial_05onaindiaWEB.pdf

OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual). “*Principios básicos del derecho de autor y derechos conexos*”. Publicación nº909 (5), Pág. 3. ISBN 978-92-805-1617-3. Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf

OMPI. Comité Permanente de los derechos de autor y derechos conexos, SCCR/10/2 Rev., “*Evolución reciente en el campo de la gestión de los derechos digitales*”, del 4 de mayo de 2004, pág. 4. Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_10/sccr_10_2_rev.pdf

ORTEGO, M. “*Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos*”. Madrid, 2015, 1ª edición, editorial Reus. ISBN 978-84-290-1885-1

ORTIZ VIDAL, M. D. “*Ley aplicable a los contratos internacionales y eficiencia conflictual*”, Granada, 2014, 1ª edición, editorial Comares. ISBN: 978-84-9045-138-0

PADRÓS AMAT, B. “Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras”, *Eurojuris España*, 2009. Disponible en: <http://www.asociacion-eurojuris.es/publicaciones/reconocimiento-y-ejecucion-de-sentencias-extranjeras/>

PÉREZ DE ARÉVALO, R. “El plazo para la ejecución en España de sentencias extranjeras conforme a los Reglamentos Comunitarios CE 44/2001 y CE 1215/2012”. *Lefebvre: El Derecho*, enero de 2015. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/www-elderecho-com/Espana-extranjeras-Reglamentos-Comunitarios-CE_11_770680001.html

SCOTTI, L. “Contratos internacionales celebrados a través de Internet: ¿Cuál es la Ley aplicable?”, *Derecho Internacional.net*, pág. 4. Disponible en: http://www.derechointernacional.net/privado_lp/doctrina-parte-especial/440-derecho-comercial/331-contratos-internacionales-celebrados-a-traves-de-medios-electronicos-icual-es-la-ley-aplicable.html

UIS (UNESCO Statistics Institute), “Mercados emergentes y la digitalización de la Industria cinematográfica”, documento de información del UIS nº14, agosto de 2013, pág. 9. Disponible en: <http://www.uis.unesco.org/culture/Documents/IP14-2013-cinema-survey-analysis-es.pdf>

LEGISLACIÓN

- Convenio de Bruselas (90/C 189/02), de 27 de septiembre de 1968, *relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (I) [DOUE nº C 189 de 28 de julio de 1990]

- Directiva 93/83 CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, *sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable* [DOUE nº L 248 de 6 de octubre de 1993]
- Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior* (Directiva sobre Comercio Electrónico) [DOUE nº L 178 del 17 de julio de 2000]
- Directiva 2001/29/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, *relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información* [DOUE nº L 167 del 22 de junio de 2001]
- Ley 6/1985 de 1 de Julio, *Orgánica del Poder Judicial* [BOE nº157, de 1 de julio de 1985]
- Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre Condiciones Generales de la Contratación* [BOE nº89, de 14 de abril de 1998]
- Ley 1/2000 de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil* [BOE nº7, de 8 de enero de 2000]
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de *servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* [BOE nº166, de 12 de julio de 2002]
- Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de *firma electrónica* [BOE nº304, de 20 de diciembre de 2003]
- Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la *Ley de Propiedad Intelectual*, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil* [BOE nº 268, de 5 de noviembre de 2014]
- Propuesta de Revisión del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2001, *relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia civil y mercantil*, presentada por la Comisión el 14 de diciembre de 2010. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0748:FIN:ES:PDF>
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil [BOE nº 206 de 25 de julio de 1889]
- Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, *relativo a la competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil* ("Bruselas I") [DOUE nº L 12/1 de 16 de enero de 2001]
- Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* ("Roma I"). [DOUE nº L 177/6 de 4 de julio de 2008]

- Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, *relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales* ("Roma II"). [DOUE nº L 199/40 de 31 de julio de 2007]
- Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* ("Bruselas I bis"). [DOUE nº L 351/1 de 20 de diciembre de 2012]
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado en Roma en 1957 como el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Última revisión con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa [DOUE nº C 326/49 de 26 de octubre de 2012]

JURISPRUDENCIA

- STJCE de 17 de noviembre de 1998, *asunto Van Uden Maritime BV* (C-391/95), apartado 34
- STJCE de 21 de mayo de 1980, *asunto Denilauler* (125/79), apartado 16
- STJCE de 27 de abril de 1999, *asunto Hans Hermann Mietz* (C-99/96)
- Sentencia OGH Austria, de 18 de noviembre de 2003
- Sentencia BGH Alemania, de 2 de marzo de 2006
- Dictamen 1/03 del TJCE (Pleno), de 7 de febrero de 2006
- STS 537/2014, de 16 de octubre
- STJCE 17 junio 1992, asunto 26/91, *Jakob Handte vs. Mecano-Chimiques*, 1992, págs. 3967-3996
- STJCE 27 septiembre 1988, asunto 189/87, *Kalfelis vs. Schröder*, 1988, págs. 5565-5588
- STJCE 30 noviembre 1976, asunto 21/76, *Handelskwekerij Bier vs. Mines de Potasse d'Alsace*, págs. 1735-1758
- STJCE de 7 de marzo de 1995, asunto C-68/93, *Fiona Shevill*, apartado 33.
- STJUE (Sala Grande) de 25 de octubre de 2011, *asuntos acumulados eDate Advertising GmbH* (C-509/09) y *Martínez Martínez* (C-144/09), apartado 52.
- STJUE (Sala Cuarta) de 3 de octubre de 2013, asunto C-170/12, *Pickney vs. Mediatech*, apartado 42